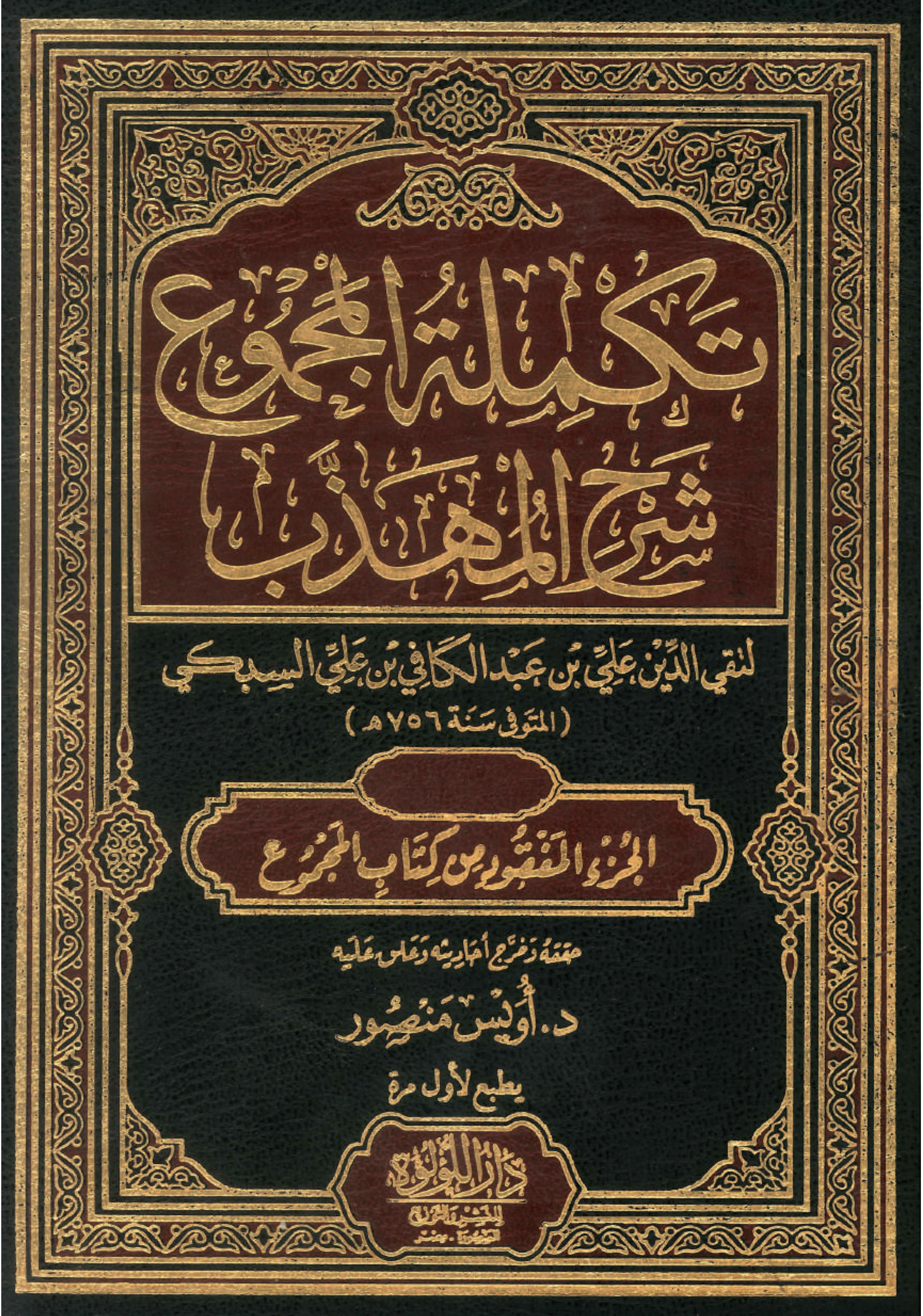


تكملة المجموع
شرح المهذب
لتقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي
(المتوفى سنة ٧٥٦هـ)
الجزء المفقود من كتاب المجموع
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
د. أُويس منصور
يطبع لأول مرة
دار اللؤلؤة


تكملة المجموع
شرح المهذب
الجزء الأول



الطبعة الأولي : 2020م/1441هـ

رقم الإيداع : 2020/1940

الترقيم الدولي : 978-977-6758-88-9

للتواصل مع المؤلف : 00201000096958



@DarElollaa @DarElollaa

Dar_Elollaa@hotmail.com

01007868983 - 01007711665

الأزهر : شارع محمد عبده خلف الجامع الأزهر .

المنصورة : عزبة عقل - شارع المكتبات

بجوار جامعة الأزهر .



تكملة المجموع شرح المهذب

لتقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي
(المتوفى سنة ٧٥٦ هـ)

الجزء الأول

من: باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع
إلى: نهاية باب اختلاف المتراهنين

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
د. أويس منصور

يطبع لأول مرة



دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع
المنصورة - مصر

الإهداء

إلى مَنْ أحاطني برعايته صغيرًا، ووضعني على طريق العلم والخير طريرًا.

من كان ليفرح بمثل هذا العمل، ويعتبره ثمرة لما كان يرجو ويأمل، من رزقني الله به، ولم أرزأ إلى الآن بأحد مثله.

إلى أبي الحبيب

رحمة الله عليك، وتقبَّلك في الصالحين، وجمعنا بك في عِلِّيين، مع سيد الأنبياء والمرسلين.

وإلى نبع العطاء الذي لم يزل جاريًا، ولا تزيده الأيام إلَّا تدفقًا.

إلى مَنْ جعلها الله عزاءً لي، ومواساة -ونعم المواساة- في فقد أبي.

إلى أمي الحبيبة

أسأل الله - جل وعلا - أن يجزيكِ عنَّا خير الجزاء، وأن يُطيل عمركِ في طاعته.

وأن يُعينني على بِرِّكِ على الوجه الذي يرضيه عني، ثم يرضيكِ.

وإلى زوجتي الفاضلة أمّ يوسف

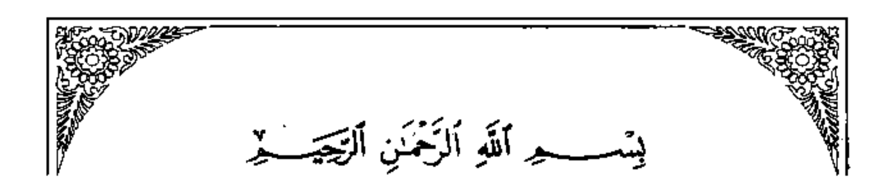
وأولادي: أيسل، ويوسف، وفهد

من صبروا على انشغالي عنهم، وقطعي الساعات الطويلة مُقصِّرا في حقهم.

بارك الله فيكم، وأَشْرككم أجر كلِّ عملٍ صالح يوفقني إليه.

إليكم جميعًا

أُهدي هذا العمل المتواضِع



مقدِّمة

الحمد لله الذي سهَّل لعباده المتقين إلى مرضاته سبيلًا، وأوضح لهم طريق الهداية، وجعل اتّباع الرسول عليه دليلًا، واتخذهم عبيدًا له، فأقروا له بالعبودية، ولم يتخذوا من دونه وكيلًا.

والحمد لله الذي أقام في أزمنة الفترات مَنْ يكون ببيان سنن المرسلين كفيلًا، واختص هذه الأمة بأنه لا تزال طائفة فيها على الحق لا يضرُّهم من خذلهم ولا من خالفهم حتى يأتي أمره، ولو اجتمع الثقلان على حربهم قبيلًا[1].

أحمده -والتوفيق للحمد من نعمه- وأشكره -والشكر كفيل بالمزيد من فضله وكرمه وقسمه- وأستغفره وأتوب إليه من الذنوب التي توجب زوال نِعَمِه وحلول نِقَمِه.

وأشهد أن لا إله إلَّا اللَّه وحده لا شريك له، شهادة أشهد بها مع الشاهدين، وأدخرها عند الله عُدَّة ليوم الدين. وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله الصادق الأمين، صلى الله عليه وآله وأصحابه والتابعين، ومن لزم طريقه واستن بسنته إلى يوم الدين.

وبعد:

فإن الاشتغال بالعلم من أفضل القُرَب وأجلّ الطاعات، وأهم أنواع الخير

(١) مختصر من مقدمة ابن القيم لـ«مفتاح دار السعادة».

وآكد العبادات، وأَوْلَى ما أُنفقت فيه نفائسُ الأوقات، وشَمَّرَ في إدراكه والتمكُّن فيه أصحاب الأنفس الزَّكيَّات، وقد تظاهر على ذلك جملٌ من الآيات الكريمات، والأحاديث الصحيحة المشهورات، وأقاويل السلف رضي الله عنهم النيِّرات.

ومن ذلك: قول الله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ [الزمر: ٩].

وقوله تعالى: ﴿يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ [المجادلة: ١١].

وقول النبي ﷺ: «**مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا؛ يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ**»[(١)].

وقوله ﷺ: «**إنَّ مثل ما بعثني الله به من الهدى والعلم كمثل غيث أصاب أرضًا، فكانت منها طائفة طيبة قبلت الماء، فأنبتت الكلأ والعشب الكثير، وكان منها أجادب أمسكت الماء، فنفع الله بها الناس، فشربوا منها وسقوا وزرعوا، وأصاب طائفة منها أخرى، إنما هي قيعان لا تمسك الماء ولا تنبت كلأً، فذلك مَثَلُ مَنْ فَقُهَ في دين الله ونفعه ما بعثني الله به، فعَلِم وعَلَّم، ومثل من لم يرفع بذلك رأسًا، ولم يقبل هُدى الله الذي أُرسلت به**»[(٢)].

وقال الشافعيُّ: «كفى بالعلم فضيلة؛ أن يدَّعِيَه مَنْ ليس فيه، ويفرح إذا نُسب إليه، وكفى بالجهل شَيْنًا؛ أن يتبرأ منه مَنْ هو فيه، ويغضب إذا نُسب إليه»[(٣)].

والكلام في فضل العلم وشرفه والحثّ عليه متَّسِع كبير، يحوي من الآيات والأحاديث والآثار -فوق ما ذُكر- الكثير والكثير.

---

(١) البخاري (٧١)، ومسلم (١٠٣٧) من حديث معاوية بن أبي سفيان ﵄.
(٢) البخاري (٧٩)، ومسلم (٢٢٨٢) -واللفظ له- من حديث أبي موسى الأشعري ﵁.
(٣) «حلية الأولياء» لأبي نعيم (٩/ ١٤٦)، وعزا النوويُّ في «المجموع» (١/ ١٩) هذا القول لعلي ابن أبي طالب ﵁.

ويُعَدُّ **علم الفقه** - بصفة خاصَّة - من أشرف العلوم، فهو المَعِين الذي حفظ للأمة الإسلامية وجودها بين الأمم على اختلاف العصور، وهو مفخرة من مفاخرها العظيمة، فلا حياة للأمة بدونه، كيف لا! وهو علم الحلال والحرام، وهو الجامع لمصالح الدين والدنيا، ولبَّى مطالب الأمة في جميع ما عَرَض لها من أحكام ومستجدات، فساير حاجاتها وواكب متطلباتها، فكان - بحقٍّ - هو فقه الحياة.

وقد برع في تدوين هذا الفقه ونشره: علماء أكابر مجتهدون، تنوَّعت مشاربهم، واختلفت طرائقهم، فقاموا بما أملاه عليهم واجب العلم؛ من بحث، وجمع، وتأليف، واجتهاد. رضي الله عنهم ورحمهم.

ولا زالت بطون المكتبات حُبلى بما قيدته أيديهم من مؤلَّفات ومصنَّفات، لم يأن وقت مخاضها بعد، تنتظر من يُميط عنها اللِّثام، ويبرز حسنها لطلبة العلم خاصة من بين الأنام.

ومن هذه النفائس التي كانت حبيسة أسوار مكتبات المخطوطات: جزء كبير من تكملة شرح الإمام النووي المعروف بـ: «المجموع شرح المهذَّب» للإمام تقي الدين السبكي، حيث طُبع منه جزءٌ انتهى عند آخر باب: «الرد بالعيب»، وظنَّ البعض أن السبكي توقَّف عند هذا الموضع، وقوَّى هذا الظن: أن الشيخ محمد نجيب المطيعي[1] الذي واصل عمل السبكي على

---

(١) محمد نجيب المطيعي، من علماء مصر، ولد بالطوابية من صعيد مصر عام: (١٩١٥م)، وتعلم بالإسكندرية على علمائها، ثم استقر بالقاهرة، واشتغل بالدعوة والخطابة والجهاد ضد الاحتلال البريطاني، اشترك في تحرير مجلة مصر الفتاة، له مصنفات في علم الحديث، واشتهر بتحقيقه لكتاب «المجموع» للنووي وتكملته له في سبعة مجلدات، عمل في السودان رئيسًا لقسم السنة بجامعة أم درمان، ثم استقر بالمملكة العربية السعودية إمامًا وخطيبًا لأحد المساجد بها، وله دروس مسجلة في شرح «صحيح البخاري». =

الكتاب، قال: «إن الإمام تقي الدين السبكي توفي عند الرد بالعيب»! فكان لهذا الكلام أثره في ثَنْي عزم بعض المحققين عن تتبع باقي شرح السبكي المفقود، وانصراف همة آخرين إلى مؤلَّفات أخرى.

لكنَّ هذا الظنَّ السابق الذي أيَّده كلام الشيخ المطيعي ليس صحيحًا! فقد قال تاج الدين السبكي في ثنايا حديثه عن والده، وعمله في تكملة «المجموع»: «بنى على النووي رَحِمَهُ اللَّهُ من باب الربا، ووصل إلى أثناء التفليس في خمسة مجلدات»[1].

■ **وعلى ذلك**: فيبقى من هذا الشرح قدرٌ كبيرٌ لم يُحقق ولم يُطبَع، يبدأ من: «باب بيع المرابحة» إلى أثناء «باب التفليس»، والذي يشتمل على أبواب: بيع المرابحة، والنَّجش، واختلاف المتبايعين، والسَّلَم، والقرض، والرهن، والتفليس. وهو قَدْرٌ -كما ذكرتُ- ليس بالقليل.

ولعل عذر الشيخ المطيعي رَحِمَهُ اللَّهُ فيما ذهب إليه: أنه اعتمد على طبعة المنيرية، فابتدأ تكملته من حيث انتهت. وأيضًا، فإنه لم يطلع على ما ذكره تاج الدين السبكي في ترجمة والده - والله أعلم.

وقد كان من فضل الله عليَّ أن يسَّر لي الوقوف على نسخة خطية من الجزء المفقود في مجلدين من مكتبة فيض الله بتركيا، يبدأ الأول من: «باب اختلاف المتبايعين»، حتى نهاية «باب القرض»، وعدد أوراقه (١٤٩) ورقة، ومحفوظ في المكتبة برقم (٨٤٥).

■ أما المجلد الثاني، فيحتوي على «كتاب الرهن» كاملًا، وعدد أوراقه

= توفي رَحِمَهُ اللَّهُ بعد صراع مع السرطان لمدة عامين، ودفن ببقيع المدينة النبوية عام (١٤٠٦هـ). يُنظَر: «المحدثون في مصر والأزهر، ودورهم في إحياء السنة النبوية»، د. الحسيني عبدالمجيد هاشم، د. أحمد عمر هاشم (ص: ٣٥٨).

(١) «طبقات الشافعية الكبرى»، تاج الدين السبكي (١٠/ ٣٠٧).

(٢١٩) ورقة، ومحفوظ في المكتبة برقم (٨٤٦).

■ فاستعنتُ بالله تعالى وبدأت رحلة البحث عن مخطوطاته، فإن تحقيق أي كتاب يتطلب البحث عن نسخ متعددة للكتاب، حتى يمكن إخراجه على أقرب صورة وضعها عليه المؤلف، إن لم يمكن الحصول على نسخة المؤلف نفسها. ومن أجل ذلك قمت بالبحث عن النسخ الموجودة، ولكن - للأسف - لم أعثر إلَّا على نسخة واحدة فريدة وهي التي سبق الكلام عنها. ثم استمر البحث المتواصل خلال فترة عملي بالكتاب عن نسخ أخرى أو عن نسخة على الأقل، ولكن لم أحظَ بالمطلوب!

■ وبعد جهد كبير ومراجعة فهارس المخطوطات العالمية الموجودة، أصبح من المقطوع به لديَّ: أنه لا توجد للكتاب نسخ أخرى، فلم أتمكن -مع كل ما بذلته من جهد كبير- من الحصول إلَّا على نسخة واحدة، وهذا يزيد الأمر وعورة وصعوبة، فالعمل على نسخة واحدة مَزِلَّة قدم كما يعلمه الممارس، وفيه من المشقة والعناء ما لا يخفى على مَنْ عاين التحقيق واشتغل به.

■ وقد قدَّمت لهذا التحقيق بترجمة مختصرة للإمام النووي، ثم الإمام السبكي -رحمهما الله- ثم ذكرت ثناء العلماء على كتاب «المجموع»، وسبب إكمال السبكي للكتاب بعده، وأتبعت ذلك بوصف النسخة الخطية، ومنهج العمل الذي اتبعته واجتهدت في تطبيقه والسير عليه.

■ **وأخيرًا**: فلا أدعي بعد هذا الجهد عصمة عملي من خللٍ وتقصيرٍ، أو سهوٍ ونقص في حُسْن العرض والتقدير، لكني بحسب وسعي وطاقتي اجتهدت، فإن وُفِّقتُ وأصبت: فالفضل كله لمن بيده الفضل ومقاليد السماوات والأرض، فله الحمد ملء السماوات وملء الأرض وملء ما شاء من شيء بعد، وإن أخطأت أو زللت: فمن قِبَل نفسي وشيطاني أُتيت،

فأستغفر الله وأعود إلى الحق غير مستنكف ولا مستكبر.

ولأن شكر أصحاب الفضل من شكر الله ﷻ، فأشكر شيخنا الكريم: **أبا عبدالله مصطفى بن العدوي** -حفظه الله- الذي تعلمتُ على يديه أول ما تعلمت، فزرع في نفسي من جميل الخصال، وتعظيم الكتاب والسنة وتقديمهما على جميع الأقوال، ما أترك مكافأته به للكبير المتعال.

وكذا الشكر لفضيلة الشيخ الدكتور: **أحمد عيسى المعصراوي**، على تشجيعه ومساندته لي، وقد كان له سبقٌ في هذا المضمار خاصَّة قبل ذلك، وهو أهل للسبق في كل خير بإذن الله.

ولا أنسى شكر إخواني الأفاضل الذين ساعدوني في درب العلم عامة، وفي إخراج هذا العمل خاصة، ولم يبخلوا بنصحهم أو وقتهم، وإن لم أذكرهم بأسمائهم؛ فالله يعلمهم، ويسمع دعائي لهم.

واللهَ أسأل العون على ما أردت، والتوفيق إلى ما إليه قصدت، هو حسبي لا إله إلَّا هو عليه توكلت.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلِّ اللهم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه وأزواجه، وسلِّم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين.



ترجمة الإمام النووي[1]

اسمه ونسبه وكنيته:

هو الإمام العالم الرباني ذو التصانيف المفيدة، والمؤلفات الحميدة، أبو زكريا يحيى ابن الشيخ الزاهد الورع وليّ الله أبي يحيى شرف بن مُرِّيٍّ[2] بن حسن بن حسين بن محمد بن جمعة بن حِزَام الحزامي النوويّ.

والحزامي نسبة لجده حزام المذكور، وكان بعض أجداد الشيخ يزعم أنها نسبة لوالد الصحابي حكيم بن حزام، وهو غلط[3]، والنووي نسبة إلى «نوى» وهي بحذف الألف بين الواوين على الأصل، ويجوز كتابتها بالألف على العادة[4]، وهي قاعدة الجولان الآن، من أرض حوران من أعمال دمشق[5].

---

(١) مصادر الترجمة: «تحفة الطالبين في ترجمة الإمام محيي الدين» لعلاء الدين بن العطار، «تذكرة الحفاظ» للذهبي (٤/ ١٧٤- ١٧٦)، «طبقات الشافعية الكبرى» لتاج الدين السبكي (٨/ ٣٩٥- ٤٠٠)، «طبقات الشافعيين» لابن كثير (١/ ٩٠٩- ٩١٣)، «المنهل العذب الروي في ترجمة قطب الأولياء النووي» للسخاوي، «المنهاج السوي في ترجمة الشيخ النووي»، للإمام السيوطي، (ص: ١١، ١٢)، «شذرات الذهب في أخبار من ذهب» لابن العماد (٧/ ٦١٨- ٦٢١)، «الأعلام» للزركلي (٨/ ١٤٩- ١٥٠).

(٢) ذكر السيوطي في «المنهاج السوي في ترجمة الشيخ النووي» (ص: ١١) أنه رأى هذا الضبط بخط الإمام النووي.

(٣) ذكر السخاوي في «المنهل العذب» (ص: ١٠) أن الإمام النووي خطّأ هذا القول.

(٤) «تحفة الطالبين في ترجمة الإمام محيي الدين»، علاء الدين بن العطار (ص: ٤٠).

وقال السخاوي في «المنهل العذب الروي» (ص: ١٠): «وبإثباتها وحذفها قرأته بخط الشيخ».

(٥) ونوى: بلدة تقع على بعد (٩٠) كيلو مترًا جنوب دمشق.

وأبو زكريا كنيته؛ لأن الإمام لم يتزوج، وجمهور محبيه يلقبونه بـ: محيي الدين، وصحَّ عنه أنه قال: «لا أجعل في حلٍّ مَنْ لقبني بـ: محيي الدين»[١]، ولعل سبب كراهته لهذا اللقب هو تواضعه لله سبحانه، وخوفه من الدخول في قوله تعالى: ﴿فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمۡۖ هُوَ أَعۡلَمُ بِمَنِ ٱتَّقَىٰٓ﴾ [النجم: ٣٢].

مولده ونشأته:

اختُلف في زمن مولده، فذهب السخاوي إلى أنه ولد في العشر الأوسط من شهر الله المحرم، لسنة إحدى وثلاثين وستمائة، وذهب الجمال الإسنوي إلى أنه في العشر الأُول من شهر الله المحرم، لكن المعتمد الأول[٢].

نشأ في سِتْر وخير، وبيت علم وفضل وعبادة، وكان كثير العبادة لله ﷻ، وقد منَّ الله عليه بمعرفة ليلة القدر، وهو ابن سبع سنين، يقول السخاوي: «ولما بلغ من العمر سبع سنين، كان نائمًا ليلة السابع والعشرين من رمضان بجانب والده -كما ذكره لي والده- قال: فانتبه نحو نصف الليل وأيقظني وقال: يا أبتِ ما هذا الضوء الذي قد ملأ الدار؟ فاستيقظ أهله جميعًا فلم نَرَ كلُّنا شيئًا! قال والده: فعرفت أنها ليلة القدر»[٣].

وحُبِّب إلى الشيخ العلم والتعلُّم وهو صغير، حتى كان الصبيان يُكْرِهونه على اللعب معهم وهو ابن عشر سنين، فيبكي منهم، ويهرب ليقرأ القرآن[٤]!

انتقل إلى دمشق مع والده سنة تسع وأربعين وستمائة، وسكن المدرسة الرَّواحية واستمر بها حتى مات، حتى بعد ولايته المدرسة الأشرفية لم ينتقل

---

(١) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ١١).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

من المدرسة الرَّواحية، وبيته فيها عجيب لطيف الحال[1].

طلبه للعلم:

كان الإمام مجدًّا في طلبه للعلم، مجتهدًا فيه، باذلًا له كل وقته، حتى إنه ذكر أنه مضت عليه سنتان لا يضع جنبه على الأرض، ويتقوَّت بجراية المدرسة[2].

ومما يدل على جِدِّه واجتهاده في العلم والطلب والتحصيل: أنه أتم حفظ «التنبيه» في أربعة أشهر، وحفظ ربع العبادات من كتاب «المهذب» في باقي السنة، وكان يقرأ في اليوم اثني عشر درسًا على المشايخ شرحًا وتصحيحًا: درسين في «الوسيط»، ودرسًا في «المهذب»، ودرسًا في «الجمع بين الصحيحين»، ودرسًا في أسماء الرجال، ودرسًا في «صحيح مسلم»، ودرسًا في «اللمع» لابن جني، ودرسًا في «إصلاح المنطق» لابن السِّكِّيت، ودرسًا في التصريف، ودرسًا في أصول الفقه؛ تارة في «اللُّمَع» لأبي إسحاق، وتارة في «المنتخب» للإمام فخر الدين الرازي، ودرسًا في أصول الدين في «الإرشاد» لإمام الحرمين الجويني[3].

ومن شدة اجتهاده وجده في طلب العلم: أنه عزم على تعلُّم الطب، لكنه لم يُفتَح له فيه؛ فقال: «وخطر لي الاشتغال بعلم الطب، فاشتريت القانون، وعزمت على الاشتغال فيه، فأظلم عليَّ قلبي، وبقيت أيامًا لا أقدر على الاشتغال بشيء، ففكرت في أمري من أين دخل عليَّ الداخل؟ فألهمني الله أن الاشتغال بالطب سببه، فبعت في الحال الكتاب المذكور، وأخرجت من

---

(١) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ١٢).

(٢) بل ذكر السخاوي في «المنهل العذب الروي» (ص: ١٢) نقلا عن اللخمي أنه كان يتصدق منها أيضًا، ثم ترك تعاطيها!

(٣) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ١٤).

بيتي كل ما يتعلق بعلم الطب، فاستنار قلبي ورجع إليّ حالي، وعدت لما كنت عليه أولًا»(١).

وضُرب به المثل في إكبابه على طلب العلم ليلًا ونهارًا، وهَجْرِه النوم إلّا عن غلبة، وضبط أوقاته بلزوم الدرس أو الكتابة أو المطالعة أو التردد إلى الشيوخ.

شيوخه:

سمع الإمامُ الحديثَ من جماعة؛ منهم: الرضي بن برهان الدين، سمع عليه جميع «صحيح مسلم»، والشيخ شمس الدين بن أبي عمرو ابن الشيخ عماد الدين بن الحرستاني، وإسماعيل بن أبي اليسر، وأخذ علم الحديث من الزين خالد، وكان يقرأ عليه «الكمال» للحافظ عبد الغني، وشرح

---

(١) يقول السخاوي معلقًا على قصة اشتغال الإمام بالطب ما مضمونه: «فإن قيل: كيف هذا مع ما نُقل عن الشافعي أنه قال: العلم علمان، علم فقه للأديان، وعلم طب للأبدان، وزاد بعضهم عنه: وما سوى ذلك فبُلْغة مجلس، أو: وما سوى ذلك من الشعر ونحوه، فهو عناء وتعب؟ فالجواب: إن الذي مدحه الشافعي هو الطب النبوي، أو المجرد عن أصول الفلاسفة التي صرح صاحب «القانون» في أوله بابتناء الطب المورد في كتابه عليها، وأن الطبيب يتعلم ما يُبنى عليه من العلم الطبيعي؛ ولذلك اعترى الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ بمجرد عزمه على الاشتغال في الكتاب المذكور ما أشار إليه، لما رزقه الله من نور البصيرة، وأبداه له بصلاح السريرة، خصوصًا وإن عنده من الطب المحمود ما يفوق الوصف.

على أن أبا بكر بن طاهر سئل عن معنى قول الشافعي، فقال: عند العوامّ أن علم الأديان: هو ظاهر الفقه، وعلم الأبدان: هو ظاهر الطب، وعند الحكماء؛ أن علم الأديان هو علم مشاهدة القلوب بالمعاملات بصنع الله وتدبيره، وهو الفقه النافع، وعلم الأبدان: هو ظاهر أوامر الله تعالى ذكره، ونواهيه في الحلال والحرام، وهو حجة الله على خلقه، وهو الطب النافع، فعلم القلوب: هو عين الإسلام وحقائقه، وعلم الأبدان: هو آداب الإسلام وشرائعه، وقد قال حرملة بن يحيى: كان الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ يتلهف على ما ضيَّع المسلمون من الطب، ويقول: ضيعوا ثلث العلم، ووكلوه إلى اليهود والنصارى». انظر: «المنهل العذب الروي» (ص/ ١٤).

«صحيح مسلم»، وأكثر «صحيح البخاري» على الشيخ أبي إسحاق بن عيسى المرادي، وعلم أصول الفقه على القاضي أبي الفتح التفليسي، وتفقَّه على الكمالين إسحاق المغربي وسلار الإربلي، والإمام شمس الدين عبد الرحمن بن نوح، وعز الدين عمر بن أسعد الإربلي[١].

وفي الفقه: أخذ عن الإمام المتفق على علمه وزهده، وورعه وكثرة عبادته، وعِظم فضله وتميُّزه على أقرانه: أبي إبراهيم إسحاق بن أحمد بن عثمان المغربي، ثم المقدسي[٢]، ثم الإمام العارف الزاهد، العابد الورع، المتقن، مفتي دمشق في وقته أبي محمد عبد الرحمن بن نوح بن محمد بن إبراهيم بن موسى المقدسي، ثم الدمشقي، ثم الإمام المتقن المفتي أبي حفص عمر بن أسعد بن أبي غالب الرَّبعي، الإربلي.

وفي الطريق: عن الشيخ ياسين المراكشي الماضي، فقد كان الإمام يخرج إليه ويتأدب معه ويزوره، ويرجو بركته ويستشيره في أموره.

وفي الحديث: عن الشيخ المدقق أبي إسحاق إبراهيم بن عيسى المرادي الأندلسي الشافعي قرأ عليه شرح «صحيح مسلم»، ومعظم «صحيح البخاري»، وجملة مستكثرة من «الجمع بين الصحيحين» للحميدي، وقرأ على الشيخ الحافظ الزين أبي البقاء خالد بن يوسف بن سعد النابلسي «الكمال في أسماء الرجال» للحافظ عبد الغني المقدسي، وعلق عليه حواشيَ، وضبط عنه أشياء حسنة، ولازم الإمام المحدث الكبير الضياء بن تمام الحنفي في سماع الحديث وما يتعلق به، وأخذ عن جماعة من أصحاب الحافظ أبي عمرو بن الصلاح كتاب «علوم الحديث» له.

---

(١) «طبقات الشافعيين»، للحافظ ابن كثير، (١/ ٩١١).

(٢) قال الحافظ السخاوي: وكان معظم انتفاعه في الفقه منه، انظر: «المنهل العذب الروي»، (ص: ١٥).

وفي اللغة والنحو والصرف: قرأ على الفخر المالكي «اللُّمع» لابن جنّي، وعلى الشيخ أبي العباس أحمد بن سالم المصري النحوي اللغوي التصريفي «إصلاح المنطق» لابن السِّكِّيت بحثًا، وكذا كتابًا في التصريف، وقرأ على العلامة الجمال أبي عبد الله محمد بن عبد الله بن مالك الجيَّاني، كتابًا من تصانيفه، وعلق عليه شيئًا.

وفي أصول الفقه: قرأ على العلامة القاضي أبي الفتح عمر بن بُندار بن عمر بن علي التفليسي الشافعي «المنتخب» للفخر الرازي، وقطعة من «المستصفى» للغزالي، وقرأ أكثر «مختصر ابن الحاجب» الأصلي، على قاضي قضاة دمشق العز أبي المفاخر محمد بن عبد القادر بن عبد الخالق بن الصائغ.

وفي الحديث أيضًا: سمع على أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن أحمد بن فضل الواسطي، وأبي العباس أحمد بن عبد الدائم المقدسي، وأبي محمد إسماعيل بن إبراهيم بن أبي اليسر التنوخي، وأبي البقاء خالد النابلسي، والضياء بن تمام الحنفي الماضي، وأبي محمد عبد الرحمن بن سالم بن يحيى الأنباري، والشمس أبي الفرج عبد الرحمن ابن الشيخ أبي عمر محمد ابن أحمد بن قدامة المقدسي - وهو أجلُّ شيوخه - وشيخ الشيوخ الشرف أبي محمد عبد العزيز بن أبي عبد الله محمد بن عبد المحسن الأنصاري، والقاضي عماد الدين أبي الفضائل عبدالكريم بن عبدالصمد بن الحرستاني خطيب دمشق، وأبي الفضل محمد بن محمد بن محمد البكري الحافظ، وأبي زكريا يحيى بن أبي الفتح الحرَّاني الصيرفي، وغيرهم[1].

---

(١) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ١٥- ١٩) بتصرف يسير.

تصانيفه ومؤلفاته:

بارك الله ﷻ في وقت الإمام النووي، فهو - مع قصر عمره - إلَّا أن الله جل وعلا قد أعظم له النفع بتصانيفه أهل مذهبه وغيرهم أيضًا، حتى قال التاج السبكي: «لا يخفى على ذي بصيرة أن لله تبارك وتعالى عنايةً بالنووي وبمصنفاته»[١].

فصنَّف شرحًا على «صحيح مسلم»، وقطعة من شرح «البخاري» انتهى فيها إلى كتاب العلم، سماه «التلخيص»، وقطعة من شرح «أبي داود» وصل فيها إلى أثناء الوضوء سماها «الإيجاز»، وقطعة من الإملاء على حديث: **«الأعمال بالنيات»**، وقطعة من الأحكام سماها: «الخلاصة في أحاديث الأحكام»، وصل فيها إلى أثناء الزكاة[٢]، و«المبهمات» اختصر فيها كتاب الخطيب أبي بكر البغدادي، و«رياض الصالحين»، و«الأذكار» وهما جليلان لا يُستغنى عنهما، و«الأربعين النووية»، و«التبيان في آدابِ حَمَلَة القرآن»، وهو نفيس لا يُستغنى عنه - خصوصًا القارئ والمقرئ - ومختصره، و«الترخيص في الإكرام والقيام»، وقطعة كبيرة من «تهذيب الأسماء واللغات»، و«التحرير في ألفاظ التنبيه»، و«الروضة مختصر الشرح» للرافعي وقد زاد فيها تصحيحات واختيارات حسانًا، كما صرح به العماد بن كثير، و«المنهاج مختصر المحرر للرافعي» أيضًا، وهو عظيم النفع، وله فيه أيضًا تصحيحات واختيارات، و«دقائقه»، و«دقائق الروضة» لكنها لم تكمل، وصل فيها إلى

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى»، للإمام تاج الدين السبكي (٨/ ٣٩٨).

(٢) قال الحافظ السخاوي: «قال ابن الملقِّن: رأيتها بخطه، ولو كملت كانت في بابها عديمة النظير. وقال غيره: إنه لا يستغني المحدث عنها، خصوصًا الفقيه، وهذه الخلاصة بخط المؤلف في كتب أوقاف الجمالية».
انظر: «المنهل العذب الروي» (ص: ١٩).

أثناء الصلاة، وهي نفيسة، سماها «الإشارات لما وقع في الروضة من الأسماء واللغات»، و«المجموع في شرح المهذب»، و«الإيضاح في المناسك»، ومسألة تخميس الغنائم، والفتاوى، وقطعة من شرح «التنبيه» وصل فيها إلى أثناء باب الحيض، سماها «تحفة الطالب النبيه»، و«مختصر أُسْد الغابة في معرفة الصحابة» لابن الأثير، و«بستان العارفين في الزهد والتصوف»، وهو كتاب بديع جدًّا، و«مناقب الشافعي التي لا يسع طالب العلم أن يجهلها»، اختصر فيها كتاب البيهقي الحافل في ذلك، بحذف الأسانيد، وهي في مجلد، و«مهمات الأحكام»، قال بعضهم: وهو قريب من التحقيق في كثرة الأحكام، لكنه لم يذكر فيه خلافًا، وصل فيه إلى أثناء طهارة البدن والثوب، وغير ذلك من الكتب النافعة(١).

تلامذته:

تفقَّه به وروى عنه جماعات من الأئمة والحفاظ، منهم: القاضي صدر الدين سليمان بن هلال بن شبل الداراني، المتوفى سنة خمس وعشرين وسبعمائة، والشيخ علاء الدين علي بن إبراهيم بن العطار، المتوفى سنة أربع وعشرين وسبعمائة، والحافظ جمال الدين يوسف بن عبد الرحمن بن يوسف المزي، المتوفى سنة اثنتين وأربعين وسبعمائة، وقاضي القضاة محمد بن أبي بكر بن النقيب، المتوفى سنة خمس وأربعين وسبعمائة، وغيرهم خلق كثير(٢).

ثناء العلماء عليه:

أثنى العلماء على الإمام النووي بما هو أهله، وخلعوا عليه أوصاف

---

(١) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ١٩ – ٢٤) بتصرف يسير.
(٢) «منهاج الطالبين وعمدة المفتين» للإمام النووي، (ص: ١٢ – ١٨).

الإمامة والتقى؛ وهو جدير بذلك، حتى اتفق جمهور محبيه على تلقيبه بلقب محيي الدين مع كراهته لهذا اللقب.

قال عنه تلميذه النجيب الإمام علاء الدين بن العطار المتوفى سنة أربع وعشرين وسبعمائة في مقدمة كتابه الذي جعله في ترجمة شيخه: «فلما كان لشيخي وقدوتي إلى الله تعالى؛ الإمام الرباني أبي زكريا يحيى بن شرف الحزامي النواوي -تغمده الله برحمته، وأسكنه جنات النعيم، وجمع بيني وبينه في دار كرامته إنه جواد كريم- عليَّ من الحقوق المتكاثرة، ما لا أطيق إحصاءها؛ بعثني ذلك على أن أجمع كتابًا في بعض مناقبه، ومآثره، وكيفية اشتغاله، وما كان عليه من الصبر على خشونة العيش، وضيق الحال، مع القدرة على التنعُّم والسعة في جميع الأحوال، على عادة أئمة الحديث في ذلك؛ ليكون سببًا للترحُّم عليه، والدعاء له، وفَّقنا الله لما وفقه، ورزقنا ما رزقه»[1].

وقال عنه أيضًا: «ذو التصانيف المفيدة، والمؤلفات الحميدة، أوحد دهرِهِ، وفريدُ عصرِه، الصوَّام، القوَّام، الزَّاهد في الدنيا، الرَّاغب في الآخرة، صاحب الأخلاق الرضيَّة، والمحاسن السنيَّة، العالم الرَّبَّاني المتَّفق على علمه وإمامته وجلالته وزهده وورعه وعبادته وصيانته في أقواله وأفعاله وحالاته، له الكرامات الطامخة، والمكرمات الواضحة، والمؤثرُ بنفسه وماله للمسلمين، والقائم بحقوقهم وحقوق ولاة أمورهم بالنُّصح والدُّعاء في العالمين، وكان كثيرَ التلاوةِ والذكرِ لله تعالى»[2].

وقال عنه الحافظ السخاوي: «شيخ الإسلام، وإمام الأئمة الأعلام، قطب الأولياء الكرام، ونادرة الزهاد الوافر في روعة السهام، المجتهد في

(١) «تحفة الطالبين في ترجمة الإمام محيي الدين»، للإمام علاء الدين بن العطار، (ص: ٣٧).
(٢) المصدر السابق، (ص: ٤٠).

الصيام والقيام، والقائم بخدمة الملكِ العلَّام»[١].

وقال عنه التاج السبكي: «شيخ الإسلام أستاذ المتأخرين وحجة الله على اللاحقين والداعي إلى سبيل السالفين، وكان يحيى رحمه الله سيدًا وحصورًا، وليثًا على النفس هصورًا، وزاهدًا لم يبال بخراب الدنيا، إذ صيَّر دينه ربعًا معمورًا، له الزهد والقناعة، ومتابعة السالفين من أهل السنة والجماعة، والمصابرة على أنواع الخير لا يصرف ساعة في غير طاعة، هذا مع التفنُّن في أصناف العلوم فقهًا، ومتون أحاديث وأسماء رجال، ولغةً وتصوفًا وغير ذلك.

وأنا إذا أردت أن أُجْمِل تفاصيل فضله، وأدل الخلق على مبلغ مقداره بمختصر القول وفَصْله، لم أزد على بيتين أنشدنيهما من لفظه لنفسه الشيخ الإمام وكان من حديثهما أنه (أعني الوالد رحمه الله) لما سكن في قاعة دار الحديث الأشرفية في سنة اثنتين وأربعين وسبعمائة كان يخرج في الليل إلى إيوانها ليتهجد تجاه الأثر الشريف، ويمرغ وجهه على البساط وهذا البساط من زمان الأشرف الواقف وعليه اسمه، وكان النووي يجلس عليه وقت الدرس فأنشدني الوالد لنفسه:

وفي دار الحديث لطيف معنى على بسط لها أصبو وآوي
عسى أني أمسُّ بحرِّ وجهي مكانًا مسه قدم النواوي»[٢]

ووصفه الزركلي بأنه: «علَّامة بالفقه والحديث»[٣]. ووصفه الحافظ ابن كثير بأنه «النبيل، محرِّر المذهب ومهذبه وضابطه ومرتِّبه، أحد العُبَّاد

---

(١) «المنهل العذب الروي»، (ص: ٩).
(٢) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (٨/ ٣٩٦).
(٣) «الأعلام»، للزركلي (٨/ ١٤٩).

والعلماء الزهاد»[١]. وقال عنه السيوطي: «محرر المذهب ومهذبه، ومحققه ومرتبه، إمام أهل عصره علمًا وعبادة، وسيد أوانه ورعًا وسيادة، العَلَمُ الفرد، فدونه واسطة الدر والجوهر، السراج الوهاج، فعنده يخفى الكوكب الأزهر، عابد العلماء وعالم العباد، وزاهد المحققين ومحقق الزهاد، لم تسمع بعد التابعين بمثله أذن، ولم ترَ ما يُدانيه عين، وجمع له في العلم والعبادة محكم النوعين، راقب الله في سره وجهره، ولم يبرح طرفة عين عن امتثال أمره، ولم يضيع من عمره ساعة في غير طاعة مولاه، إلى أن صار قطب عصره، وحوى من الفضل ما حواه، وبلغ ما نواه، فتشرفت به نواه، ولم يُلْفَ له ما ناواه:

وإذا الفتى لله أخلص سره ... فعليه منه رداء طيبٌ يظهر
وإذا الفتى جعل الإله مراده ... فلذكره عَرْفٌ ذكيٌّ ينشر

أثنى عليه الموافق والمخالف، وقبل كلامه النائي والآلف، وشاع ثناؤه الحسن بين المذاهب، ونشرت له راية مجدٍ تخفق في المشارق والمغارب، مَنْ سلك منهاجه أيقن بروضة قطوفها دانية، ومن تتبع آثاره فهو مع الصالحين في رياض عيونها جارية، ومن لزم أذكاره ومهذب أخلاقه فالخير فيه مجموع، ومن استقى من بحره ظفر بأروى وأصفى ينبوع، فبه ثبت الله أركان المذهب والقواعد، وبيَّن مهمات الشرع والمقاصد، فطابت منه المصادر والموارد، وعذبت مناهله للصادر والوارد:

وليس على الله بمستنكرٍ ... أن يجمع العالم في واحد»[٢]

وغير هذا من أقوال أئمة السلف والخلف عنه.

---

(١) «طبقات الشافعيين»، للحافظ ابن كثير (١/ ٩١٠).

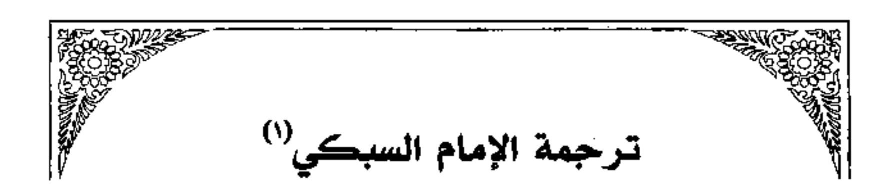
(٢) «المنهاج السوي في ترجمة الشيخ النووي»، للإمام السيوطي (ص: ١١، ١٢).

وفاته:

توفي رحمه الله ورضي عنه ليلة الأربعاء، الثلث الأخير من الليل، رابع وعشرين رجب، سنة ست وسبعين وستمائة بنوى، ودُفِن بها صبيحة الليلة المذكورة، وكانت وفاته عقب واقعة جرت لبعض الصالحين بأمره لزيارة القدس الشريف، والخليل، فامتثل الأمر، وتوفي عقبها[١].



(١) «تحفة الطالبين في ترجمة الإمام محيي الدين»، للإمام علاء الدين بن العطار (ص: ٤٣).



ترجمة الإمام السبكي[1]

اسمه ومولده ونشأته:

هو الإمام الفقيه المحدث الحافظ المفسر الأصولي المتكلم النحوي اللغوي الأديب الجدلي الخلافي النظَّار علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام ابن يوسف بن موسى بن تمام بن حامد بن يحيى بن عمر بن عثمان بن علي ابن مسوار بن سوار بن سليم السبكي[2]. والده هو أقضى القضاة زين الدين أبو محمد، ولي قضاء الشرقية وأعمالها والغربية وأعمالها من الديار المصرية، وكان من أعيان نواب الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد[3].

ولد في سبك العبيد، من أعمال المنوفية بمصر[4]، في ثالث صفر سنة ثلاث وثمانين وستمائة[5]، وانتقل إلى القاهرة ثم إلى الشام[6]، وكان من الاشتغال بالعلم على جانب عظيم بحيث يستغرق غالب ليله وجميع نهاره،

---

(١) مصادر الترجمة: «طبقات الشافعية الكبرى» لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٣٩ - ٣١٧)، «معجم الشيوخ» لتاج الدين السبكي (١/ ٢٧٧ - ٢٨٩)، «العقد المذهب في طبقات حملة المذهب» لابن الملقن الشافعي (ص: ٤١٣)، «ذيل التقييد في رواة السنن والأسانيد»، لأبي الطيب المكي الفاسي (٢/ ١٩٨ - ٢٠٠)، «حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة»، لجلال الدين السيوطي (١/ ٣٢١)، «الأعلام» للزركلي (٤/ ٣٠٢)، «معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر» لعادل نويهض (١/ ٣٦٦).

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٣٩).

(٣) المصدر السابق (١٠/ ١٤٤).

(٤) «معجم المفسرين من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر»، لعادل نويهض (١/ ٣٦٦).

(٥) «الأعلام»، للزركلي (٤/ ٣٠٢).

(٦) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ٩٠).

وذكر أنه لم يأكل لحم الغنم إلَّا بعد العشرين من عمره لحِدَّة ذهنه، وكان يخرج من البيت وقت صلاة الصبح، فيشتغل على المشايخ إلى أن يعود قريب الظهر، فيجد أهل البيت قد عملوا له فَرُّوجًا، فيأكله ويعود إلى الاشتغال إلى المغرب، فيأكل شيئًا حلوًا لطيفًا، ثم يشتغل بالليل، وهكذا لا يعرف غير ذلك[(١)].

ولأن الله ﷻ إذا أراد شيئًا هيَّأ له أسبابه، فقد رُزِق الإمام بوالدين قاما على أمره، والاهتمام بشأن حياته، حتى يتفرغ هو للتعليم، فزوَّجه أبوه ابنة عمه وعمره خمس عشرة سنة، وألزمها ألَّا تحدثه في شيء من أمر نفسها، وكذلك ألزمها والدها وهو عمه الشيخ صدر الدين، فاستمرت معه ووالده ووالدها يقومان بأمرهما وهو لا يراها إلَّا وقت النوم، وصحبته مدة ثم إن والدها بلغه أنها طالبته بشيء من أمر الدنيا، فطلبه وحلف عليه بالطلاق ليطلقها، فطلقها. فانظر إلى اعتناء والده وعمه بأمره، وكان ذلك خوفًا منهما أن يشتغل باله بشيء غير العلم[(٢)]!!

رحلته في طلب العلم، وأهم شيوخه:

قدم والد الشيخ به إلى القاهرة، وعرضه على الإمام ابن دقيق العيد، وعرض عليه «التنبيه»، ثم إن الإمام ابن دقيق العيد أمر والده أن يعود به إلى البرِّ إلى أن يصير فاضلًا، ففعل أبوه ما أمره به ابن دقيق العيد، فما عاد إلى القاهرة إلَّا بعد وفاة الشيخ ابن دقيق العيد[(٣)]. ثم لما دخل القاهرة بعد أن

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٤٤) بتصرف يسير.

(٢) المصدر السابق (١٠/ ١٤٥).

(٣) يقول ولده الإمام تاج الدين السبكي: «وسمعت الوالد يقول: أنا ما أتحقق الشيخ تقي الدين ولكني أذكر أني دخلت دار الحديث الكاملية بالقاهرة ورأيت شيخًا هيئته كهيئة الشيخ تقي الدين الموصوفة لنا لعله هو». المصدر السابق.

صار فاضلًا تفقَّه على شافعيِّ الزمان الفقيه نجم الدين ابن الرفعة، وقرأ الأصلين وسائر المعقولات على الإمام النظَّار علاء الدين الباجي، وأخذ المنطق والخلاف عن سيف الدين البغدادي، وأخذ التفسير عن الشيخ علم الدين العراقي، وأخذ القراءات عن الشيخ تقي الدين بن الصائغ، وأخذ الفرائض عن الشيخ عبد الله الغماري المالكي، وأخذ الحديث عن الحافظ شرف الدين الدِّمياطي، ولازمه كثيرًا ثم لازم بعده - وهو كبيرٌ - إمامَ الفن الحافظ سعد الدين الحارثي، وأخذ النحو عن الشيخ ابن حيان، وصحب في التصوف الشيخ تاج الدين بن عطاء الله السكندري.

وسمع بالإسكندرية من أبي الحسين يحيى بن أحمد بن عبد العزيز بن الصواف، وعبد الرحمن بن مخلوف بن جماعة، ويحيى بن محمد بن عبد السلام.

وبالقاهرة من علي بن نصر بن الصواف، وعلي بن عيسى بن القيم، وعلي بن محمد بن هارون الثعلبي، والحافظ أبي محمد عبد المؤمن بن خلف الدمياطي، وشهاب بن علي المحسني، والحسن بن عبد الكريم سبط زيادة، وموسى بن علي بن أبي طالب، ومحمد بن عبدالعظيم بن السقطي، ومحمد بن المكرم الأنصاري، ومحمد بن محمد بن عيسى الصوفي، ومحمد بن نصير ابن أمين الدولة، ويوسف بن أحمد المشهدي، وعمر بن عبدالعزيز بن الحسين بن رشيق، وشهدة بنت عمر بن العديم.

وبدمشق من ابن الموازيني، وابن مشرف، وأبي بكر بن أحمد بن عبد الدائم، وأحمد بن موسى الدشتي، وعيسى المطعم، وإسحاق بن أبي بكر بن النحاس، وسليمان بن حمزة القاضي، وخلق كثير.

وأجاز له من بغداد الرشيد بن أبي القاسم، وإسماعيل بن الطبال، وغيرهما.

وجمع معجمه الجمُّ الغفير والعدد الكثير وكتب بخطه وقرأ الكثير بنفسه وحصَّل الأجزاء الأصول والفروع وسمع الكتب والمسانيد وخرج وانتقى على كثير من شيوخه(١).

تصانيفه ومؤلفاته:

له عدد من المؤلفات التي نفع الله بها الشافعية خصوصًا، والمسلمين عمومًا، جمع أكثرها ولده في ترجمته التي ترجمها لوالده في كتابه: «طبقات الشافعية الكبرى»، نذكر منها: «الدر النظيم في تفسير القرآن العظيم» لم يكمله، و«تكملة المجموع في شرح المهذب» (وهو كتابنا هذا) من باب الربا ووصل إلى أثناء التفليس، و«التحبير المذهب في تحرير المذهب» وهو شرح مبسوط على «المنهاج»، و«الابتهاج في شرح المنهاج» للنووي، وصل فيه إلى أوائل الطلاق، و«الإبهاج في شرح المنهاج» في أصول الفقه، و«التحقيق في مسألة التعليق» وهو الرد الكبير على ابن تيمية في مسألة الطلاق، و«رافع الشقاق في مسألة الطلاق» وهو الصغير، و«أحكام كل وما عليه تدل»، و«بيان حكم الربط في اعتراض الشرط على الشرط»، و«شفاء السقام في زيارة خير الأنام ﷺ»، و«السيف المسلول على من سب الرسول ﷺ»، و«التعظيم والمنة في لتؤمنن به ولتنصرنه»، و«منية الباحث عن حكم دين الوارث»، و«نور الربيع من كتاب الربيع»، و«الرياض الأنيقة في قسمة الحديقة»، و«الإقناع في الكلام على أن لو للامتناع»، و«وشي الحلا في تأكيد النفي بلا»، و«الرد على ابن الكتاني»، و«الاعتبار ببقاء الجنة والنار»، و«ضرورة التقدير في تقويم الخمر والخنزير»، و«السهم

---

(١) انظر: «ذيل التقييد في رواة السنن والأسانيد»، لأبي الطيب المكي الفاسي (٢/ ١٩٨- ٢٠٠)، و«العقد المذهب في طبقات حملة المذهب» لابن الملقن الشافعي (ص: ٤١٣)، و«طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٤٥- ١٤٧)، بتصرف يسير.

الصائب في قبض دَيْن الغائب»، و«الغيث المُغْدق في ميراث ابن المعتق»، و«فصل المقال في هدايا العمال»، ومختصره، و«إبراز الحكم من حديث رُفِع القلم»، و«الكلام على حديث: «**إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلَّا من ثلاث**»، و«الكلام مع ابن أندراس في المنطق»[1].

ورعه، وثناء العلماء عليه:

كان رَحِمَهُ اللَّهُ ورعًا متعففًا، صاحب ديانة، سالكًا سبيل الأقدمين على سَنَنٍ من رب العالمين، لا يهتم بأمور الدنيا وأموالها، قال والده لأمه ذات يوم: «هذا الشاب ما يطلب قط درهمًا ولا شيئًا، فلعله يرى شيئًا يريد أن يأكله فضعي في منديله درهمًا أو درهمين، فوضعت نصف درهم، فاستمر نحو جمعتين وهو يعود والمنديل معه والنصف فيه إلى أن رمى به إلى أمه وقال: أيش أعمل بهذا خذوه عني»[2].

قال عنه ولده تاج الدين السبكي في مدح عظيم أنقله بنصِّه؛ لصدق قائله، وعظيم محبته لوالده: «كان من الورع والدين وسلوك سبيل الأقدمين، على سنن ويقين؛ إن الله مع المتقين، صادع بالحق لا يخاف لومة لائم، صادق في النية لا يخشى بطشة ظالم، صابر وإن ازدحمت الضراغم.

منوط به أمر المشكلات في دياجيها، محطوط عن قدره السماء ودراريها، مبسوط قلمه ولسانه في الأمة وفتاويها.

شيخ الوقت حالًا وعلمًا، وإمام التحقيق حقيقة ورسمًا، وعَلَمُ الأعلام فعلًا واسمًا.

إذا تغلغل فكر المرء في طرف ... من مجده غرقت فيه خواطره

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ٣٠٧- ٣١٥)، بتصرف يسير.

(٢) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٤٥)، بتصرف يسير.

لا يرى الدنيا إلَّا هباءً منثورًا، ولا يدري كيف يجلب الدرهم فرحًا والدينار سرورًا، ولا ينفك يتلو القرآن قائمًا وقاعدًا، راكبًا وماشيًا ولو كان مريضًا معذورًا.

وكانت دعواته تخترق السبع الطباق، وتفترق بركاتها فتملأ الآفاق، وتسترق خبر السماء وكيف لا! وقد رفعت على يد ولي الله تفتح له أبوابها ذوات الأغلاق.

وكانت يداه بالكرم مبسوطتين لا يقاس إلَّا بحاتم، ولا ينشد إلَّا:

«على قدر أهل العزم تأتي العزائم»

ولا يعرف إلَّا العطاء الجزل:

«وتأتي على قدر الكرام المكارم»

يد تلوح لأفواه تقبلها	**فتستقل الثريا أن تكون فما**
وللمعاني الحسان الغر تكتبها	**بأحسن الخط لمَّا تمسكُ القلما**
وللعفاة لِتُولِيهِمْ عوائدها	**فلا يرى الغيث شيئًا لو وفى وهَمَى**
وللدعاء طوال الليل يرفعها	**إلى الإله لِيُولِينَا به النعما**
أعظم بها نعمًا كالبحر ملتطِمًا	**والغيث منسجمًا والجود منقسمًا**[(١)]

يواظب على القرآن سرًّا وجهرًا، لا يقرن ختام ختمة إلا بالشروع في أخرى، ولا يفتتح بعد الفاتحة إلَّا سورًا تترى.

مع تقشف لا يتدرَّع معه غير ثوب العفاف، ولا يتطلع إلى ما فوق مقدار الكفاف، ولا يتنوّع إلا في أصناف هذه الأوصاف.

يقطع الليل تسبيحًا وقرآنًا، وقيامًا لله لا يفارقه أحيانًا، وبكاء يفيض من

(١) هذه الأبيات لولده تاج الدين السبكي، نظمها في مدح أبيه التقي السبكي، انظر: «معجم الشيوخ» للتاج السبكي (١/ ٢٨٠).

خشية الله ألوانًا.

أقسم بالله أنه لفوق ما وصفته، وإني لناطق بها وغالب ظني أني ما أنصفته، وإن الغبي سيظن في أمرٍ ما تصورته.

وما عليَّ إذا ما قلت معتقدي دع الحسود يظن السوء عدوانًا
هذا الذي تعرف الأملاك سيرته إذا ادلهمَّ دجُى لم يبق سهرانا
هذا الذي يسمع الرحمن صائحه إذا بكى وأفاض الدَّمع ألوانا
هذا الذي يسمع الرحمن دعوته إذا تقارب وقت الفجر أو حانا
هذا الذي تعرف الغبراء جبهته من السجود طوال الليل عرفانا
هذا الذي لم يغادر سيل مدمعه أركان شيبته البيضاء أحيانا
والله والله والله العظيم ومن أقامه حجة في العصر برهانا
وحافظا لنظام الشرع ينصره نصرًا يلقيه من ذي العرش غفرانا
كل الذي قلت بعضٌ من مناقبه ما زدت إلَّا لَعلِّي زدت نقصانا

وما زال في علمٍ يرفعه، وتصنيفٍ يضعه، وشتات تحقيقٍ يجمعه، إلى أن سار إلى دار القرار، وما ساد أحد ناوأه ولا كان ذا استبصار، ولا ساء مَنْ والاه بل عَمَّه بالفضل المدرار، ولا ساغ بسوى طريقه الاهتداء والاعتبار، ولا ساح بغير ناديه نيل يُخْجِل وابل الأمطار، ولا ساخ قدمُ فتى قام بنصرته وقال: أنصر بقية الأنصار، ولا سُئل إلَّا ويداه مبسوطتان وابل كرم في هذه الديار، ولا سامه أحد بسوء إلا وكانت عليه دائرة الفلك الدوَّار، ولا ساقه الله حين قبضه إلَّا إلى جنة عدن، أعدت لأمثاله من المتقين الأبرار»[1].

وقال عنه الحافظ الذهبي: «تفقَّه على جماعة من الأئمة، وبرع في الأصول والفروع، وانتهى إليه الحفظ ومعرفة الأثر بمصر، وصنف

---

(١) «طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ١٤١- ١٤٤).

التصانيف المحررة المطوَّلة العديمة النظير، مع الدين والورع وحسن الطويَّة، والعقل التام، والتدين بالحديث»[١]. وقال الزركلي عنه: «شيخ الإسلام في عصره، وأحد الحفاظ المفسرين المناظرين»[٢]. وقال ابن الملقِّن الشافعي عنه: «ذو الفنون، تقى الدين أبو الحسن بقية العلماء»[٣].

وفاته:

ابتدأ به الضعف في ذي القعدة سنة خمس وخمسين وسبعمائة، واستمر بدمشق عليلًا إلى أن ولي ولده تاج الدين السبكي القضاء، ومكث بعد ذلك نحو شهر، وسافر إلى الديار المصرية -وكان يذكر أنه لا يموت إلا بها- فاستمر بها عليلًا أيامًا يسيرة، ثم توفي ليلة الإثنين المسفرة عن ثالث جمادى الآخرة سنة ست وخمسين وسبعمائة، بظاهر القاهرة ودفن بباب النصر، تغمده الله برحمته ورضوانه وأسكنه فسيح جنانه.

وأجمع مَنْ شاهد جنازته على أنه لم يُرَ جنازة أكثر جمعًا منها، قالوا: إنه لما مات ليلًا بالجزيرة ما انفلق الفجر إلا وقد ملأ الخلق ما بين الجزيرة إلى باب النصر، ونادت المنادية: مات آخر المجتهدين، مات حجة الله في الأرض، مات عالم الزمان، وهكذا.

ثم حمل العلماء نعشه وازدحم الخلق بحيث كان أولهم على باب منزل وفاته وآخرهم في باب النصر. وقيل: لم يحاكِ ما يقال عن جنازة الإمام أحمد بن حنبل سوى جنازة الشيخ الإمام في كثرة اجتماع الناس - تغمده الله برحمته[٤].

---

(١) «معجم الشيوخ»، لتاج الدين السبكي (١/ ٢٧٩).
(٢) «الأعلام»، للزركلي (٤/ ٣٠٢).
(٣) «العقد المذهب في طبقات حملة المذهب»، لابن الملقن الشافعي (ص: ٤١٣).
(٤) انظر: «العقد المذهب في طبقات حملة المذهب»، لابن الملقن الشافعي (ص: ٤١٣)، و«طبقات الشافعية الكبرى»، لتاج الدين السبكي (١٠/ ٣١٦).

ثناء العلماء على كتاب «المجموع»

نال هذا الكتاب حظًّا كبيرًا، وقسطًا وفيرًا من مديح العلماء وثنائهم، وبين يديك - أيها القارئ الكريم - جانبٌ من هذا المدح:

قال الإسنوي: «وهذا الشرح من أجلِّ كتبه وأنْفسِها، وكلامه فيها يدل على أنه اطَّلع على أنه يموت قبل إتمامه، فإنه يجمع النظائر في موضع ويقول: فعلنا ذلك فلعلّنا لا نصل إلى محلّه»[١].

وقال السخاوي: «كتابه «شرح المهذب» لم يصنف في المذهب على مثل أسلوبه»[٢].

وقال الإسنوي وابن الملقِّن: «ليته أكمله، وانخرمت باقي كتبه، وبه عُرف مقداره»[٣].

وقال الذهبي: «إنه في غاية الحسن والجودة»[٤].

وقال ابن كثير: «إنه لو كمل لم يكن له نظير في بابه، فإنه أبدع فيه وأجاد، وأفاد وأحسن الانتقاد، وحرر الفقه في المذهب وغيره، والحديث على ما ينبغي، والغريب والعربية، وأشياء مهمة، لا أعرف في كتب الفقه أحسن منه، على أنه يحتاج إلى أشياء كثيرة تُزَاد عليه، وتضاف إليه»[٥].

---

(١) «المنهاج السوي في ترجمة الشيخ النووي»، السيوطي (ص: ٢٢).

(٢) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ٢٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق.

(٥) «البداية والنهاية»، ابن كثير (١٣/ ٣٢٦).

وقال عنه أيضًا: «سلك فيه طريقة وسطى حسنةً، مهذبة سهلة، جامعة لأشتات الفضائل، وعيون المسائل، وجامع الأوائل، ومذاهب العلماء، ومفردات الفقهاء، وتحرير الألفاظ، ومسالك الأئمة الحفاظ، وبيان صحة الحديث من سقمه، ومشهوره من مُكْتَتَمِه، وبالجملة فهو كتاب ما رأيت على منواله أحد من المتقدمين، ولا حذا على مثاله متأخِّر من المصنفين»(١).

وقال العثماني قاضي صفد: «إنه لا نظير له، لم يُصنَّف مثله، ولكنه ما أكمله، ولا حول ولا قوة إلا بالله؛ إذ لو أكمله ما احتيج إلى غيره، وبه عُرف قدره، واشتهر فضله»(٢).

سبب إكمال السبكي لشرح النووي، واعتذاره عن قصوره عن مستواه:

قال التقي السبكي: «إن بعضهم طالت رغبته إليَّ، وكثر إلحاحه عليَّ، وأنا في ذلك أقدم رِجْلًا وأؤخر أخرى، وأستهول الخَطْب، وأراه شيئًا إمْرًا، وهو في ذلك لا يقبل عذرًا، وأقول: قد يكون تعرُّضي لذلك مع قصوري عن مقام هذا الشارح إساءةً إليه، وجنايةً مني عليه، وأنَّى أنهض بما نهض به وقد أُسعف بالتأييد، وساعدته المقادير فقرَّبَتْ منه كل بعيد؟! ولا شك أن ذلك يحتاج بعد الأهلية إلى ثلاثة أشياء:

أحدها: فراغ البال واتساع الزمان، وكان رحمه الله قد أوتي من ذلك الحظ الأوفى، بحيث لم يكن له شاغل عن ذلك من تَعَيُّش ولا أهل.

والثاني: جمع الكتب التي يستعان بها على النظر والاطلاع على كلام العلماء، وكان رحمه الله قد حصل له من ذلك حظ وافر؛ لسهولة ذلك في بلده

---

(١) «المنهل العذب الروي»، السخاوي (ص: ٢٩).

(٢) «المنهل العذب الروي» (ص: ٣٠).

في ذلك الوقت.

والثالث: حسن النية وكثرة الورع والزهد، والأعمال الصالحة التي أشرقت أنوارها، وكان رَحِمَهُ اللهُ قد اكتال من ذلك بالمكيال الأوفى.

فمن تكون قد اجتمعت فيه هذه الخلال الثلاث، أنَّى يُضَاهيه أو يدانيه من ليست فيه واحدة منها؟!

وقد استخرت الله تعالى وقلت في نفسي: لعل ببركة صاحبه ونيته يعينني الله تعالى عليه، إنه يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم، فإن مَنَّ الله بإكماله فلا شك أنَّ ذلك من فضل الله تعالى وبركة صاحبه ونيته»[١].

وصف نسخة المخطوط:

وقفت - بحمد الله - على نسخة من كتاب: «تكملة المجموع شرح المهذب»، لمؤلفه: تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي السبكي، وتقع النسخة في مجلدين، خطها واضح، وفي حالة جيدة ليس بها خروم في داخلها، ووصفها على النحو التالي:

نسخة نفيسة من محفوظات مكتبة فيض الله أفندي بتركيا تحت رقم (٨٤٥)، (٨٤٦)، في مجلدين، نُقلت من خطِّ المصنف، وكُتبت بخط نسخ واضح، وكُتبت العناوين باللون الأحمر، وهي مقابلة ومصححة، كما يظهر ذلك من الهوامش، وهي النسخة التي أعتمدها أصلًا، وهذا المجلد ترتيبه في تكملة السبكي المجلد الرابع.

وعلى طرة المخطوط تملّك محمد بن خليل الشافعي عام (٩٠٧هـ)، وتملّك لابن الملا، إبراهيم بن أحمد بن الملا محمد، عام (٩٨١هـ).

وقد جاء المجلد الأول في (١٤٩) لوحة، ومسطرتها (٣١) سطرًا،

---

(١) «المجموع شرح المهذب»، تكملة السبكي (١٠/ ٣).

ومتوسط عدد الكلمات في السطر (١٤) كلمة تقريبًا، ويبدأ من: «باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع»، وينتهي بنهاية «باب القرض».

وقد جاء في نهاية المجلد الأول أن المصنف فرغ من تصنيف هذا الجزء يوم السبت، ثاني عشر من شعبان سنة (٧٢٤) هجرية.

وجاء في نهاية المجلد الثاني أن المصنف فرغ من تصنيف هذا الجزء يوم الخميس، العشرين من شعبان المكرم سنة (٧٣٣) هجرية، وكانت البداية في كتاب الرهن في أول ربيع الأول من نفس العام.

وجاء المجلد الثاني في (٢١٩) لوحة، ومسطرتها (٢٨) سطرًا، ومتوسط عدد الكلمات في السطر (١٦) كلمة تقريبًا، ويبدأ ببداية «كتاب الرهن»، وينتهي بنهاية «كتاب الرهن».



صور من المخطوط:

بسم الله الرحمن الرحيم حسبنا الله ونعم الوكيل

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن ولم يكن بينة
تحالفا لما روي [عن ابن] عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لو أن الناس أعطوا بدعواهم
لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين
على المدعى عليه فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعا
عليه بيعا بألف والمشتري مدعا عليه بيعا بألفين فوجب
أن يكون على كل واحد منهما اليمين ولأن كل واحد منهما مدع [illegible]
ومدعا عليه [illegible] كما لو ادعى رجل على رجل
دينارا وادعى الآخر على المدعي [illegible] الشرح
حديث ابن عباس هذا متفق على صحته ورواه مسلم
بقرب من لفظ المصنف قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى
ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه [illegible]
وفي البخاري عن ابن أبي مليكة قال كتب ابن عباس
إلي أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى
عليه قال عبد الحق وذكر أبو عمر بن عبد البر
من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن ابن جريج عن عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من أنكر إلا في
القسامة قال ورواه أبو أحمد من حديث
مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة عن النبي
صلى الله عليه وسلم مثله سواء قال إلا في القسامة
ورواه أيضا من حديث مسلم بن خالد عن ابن جريج عن
عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال [illegible] هذا الإسناد [illegible] فإن مسلم بن خالد
عن ابن جريج وفي المتن زيادة قوله إلا في القسامة
[illegible]
[illegible]
[illegible]

الصفحة الأولى من الجزء الأول

الصفحة الأخيرة من الجزء الأول



الصفحة الأولى من الجزء الثاني

يصرح بالابطال لم يبعد تخيل خلاف فيه وفي الاجارة المبطل للبيع ثبوت يد المستاجر ثم قال
الامام ان هذا يتطرق في القياس والاقيس الذي اطلع به نقلا صحة البيع يعني بيع المرهون من المرتهن
وان كان يبطل به نظم الاوجه الثلاثة في بيع المشترى من البائع العاشر لو اذن المرتهن للراهن
في بيع المرهون واطلق فباعه بثمن مؤجل فان كان الحق حالا لم يجز وان كان مؤجلا جاز وليس كالوكيل
لان الراهن يبيع لنفسه قال ويحتمل ان يقال لا يصح البيع لان المرتهن دفع المنع بقول يقتضي الحلول
وله ان يخص دفع المنع بجهة دون جهة الا ترى انه لو اذن له ان يبيعه حالا لا يجوز له ان يبيعه
مؤجلا اتفاقا وقد تقدم ان المرتهن متى اطلق الاذن في البيع والدين مؤجل بطل الرهن فهذا الذي
قاله الروياني من الاحتمال كيف يتجه والذي قطع به من انه لو اذن ببيعه حالا لم يجز ان يبيعه
مؤجلا غير معروف اذا كان قبل محل الاجل بل الذي قال الاصحاب انه عند الاطلاق يبطل الرهن
فعند التصريح بالحلول اولى على ان مرادهم هناك بالاطلاق عدم اشتراط كونه رهنا فلا
فرق بين التصريح بالحلول وتركه والله تعالى اعلم اللهم اني اسالك ان تصلي على محمد عبدك ونبيك
ورسولك سيد المرسلين وامام المتقين وقائد الغر المحجلين نبي الحشر الداعي الى الخير والهادي
الى الخير اللهم آت سيدنا محمدا الوسيلة والفضيلة والدرجة الرفيعة وابعثه مقاما محمودا
الذي وعدته يا ارحم الراحمين اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم
وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم في العالمين انك حميد مجيد وعلينا
معهم قال سيدنا قاضي القضاة شيخ الاسلام متع الله ببقائه اتفق الفراغ منه في
يوم الخميس العشرين من شعبان المكرم سنة ثلاث وخمسين وسبعمائة وكان ابتداؤه في كتاب
الرهن في اول ربيع الاول من هذه السنة فكان تصنيفه خمسة اشهر وعشرين يوما جعله
[illegible] [illegible] والاولادي واحبتي [illegible] وكرمه
الله خالصا لوجهه موجبا للفوز لديه وان ينفع به [illegible]
انه حسبنا ونعم الوكيل وكتبه مصنفه علي بن عبد الكافي بن علي بن تمام بن يوسف بن موسى
ابن تمام السبكي عفا الله عنهم [illegible] والحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه وصلى الله
على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما كثيرا الى يوم الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل

الصفحة الأخيرة من الجزء الثاني

منهج التحقيق:

اجتهدنا في إخراج نص الكتاب إخراجًا فنيًّا سليمًا من الأخطاء الشكلية بحسب الطاقة، وفي سبيل ذلك قمنا بعمل الآتي:

١- نسخ المخطوط وَفْق القواعد الإملائية الحديثة.

٢- الضبط بالشكل لبعض الكلمات والأعلام.

٣- تقسيم الكتاب إلى فقرات، وإضافة علامات الترقيم؛ ليسهل على القارئ فهم المعنى على وجه الصواب.

٤- تمييز متن الكتاب «التهذيب» بوضعه داخل إطار، ثم يجيء الشرح بعده مفصولًا عنه.

٥- إذا غلب على الظن أن لفظة ما سقطت من الناسخ ووجودها ضروري، زدناها إذا كان يتوقف فهم المعنى عليها، وجعلها بين معقوفين هكذا [ ] على ما جرت عليه عادة المحققين.

٦- عند نهاية كل وجه من المخطوطة وضع سهم صغير أعلاه رقم الورقة مع الوجه هكذا: ⇑[٣/أ] .

٧- توثيق النصوص والأقوال التي ينقلها السبكي من مصادرها الأصلية، وإنْ تعذَّر ذلك لكونها مفقودةً أو غير ذلك، فنُشير إلى مَنِ اتفق معه في النقل، وهو ما يُعرف بالنقل بالواسطة؛ وكلُّ هذا حَسْب الوسع والطاقة.

٨- تمييز ما نقله عن غيره بوضعه بين علامة تنصيص، مع جعل التخريج آخر الكلام الذي نقله، فإن كان ما نُقل بتصرف يسير أو بمعناه ذكرنا ذلك بعد ذكر المرجع، وإن كان بنصِّه عزونا للكتاب فقط.

٩- تصحيح الخطأ الحاصل من سقط بعض الحروف، أو تقديم بعضها على بعض، أو استبدال حرف بآخر.

١٠- عزو الآيات إلى مواضعها، وذلك بذكر اسم السورة، ثم رقم الآية، مع كتابتها بالرسم العثماني ووضعها بين قوسين.

١١- تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة، باختصار يناسب موضوع الكتاب، فإن ورد الحديث في «الصحيحين» أو في أحدهما، اكتفينا بذلك، وإن كان في غيرهما فحسَب ما تيسر ثلاثة أو أربعة مراجع.

١٢- ترجمت للأعلام غير المشهورين - من وجهة نظري - لغير المتخصص، أما رجال الأسانيد ونحو ذلك فلم أُترجم لأحدٍ منهم.



بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

حسبنا الله ونعم الوكيل

باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع

إذا اختلف المتبايعان في مقدار الثمن، ولم تكن بينة، تحالفا؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما؛ أن النبي ﷺ قال: «لَوْ أَنَّ النَّاسَ أُعْطُوا بِدَعْوَاهُمْ[1]، لادَّعَى نَاسٌ مِنَ النَّاسِ، دِمَاءَ نَاسٍ وَأَمْوَالَهُمْ، [وَلَكِنَّ][2] الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ». فجعل اليمين على المدعى عليه، والبائع مدعًى عليه بيعًا بألف، والمشتري مدعًى عليه بيعًا بألفين، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمينُ؛ ولأن[3] كل واحد منهما مدّعٍ ومُدَّعًى[4] عليه ولا بينة، فتحالفا؛ كما لو ادعى رجل على رجل دينارًا، وادعى الآخر على المدعي درهمًا.

الشرح

حديث ابن عباس هذا متفق على أصله، رواه مسلم[5] بقريب من لفظ المصنف؛ قال: **«لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»**.

---

(١) في المطبوع من المهذب: بدعاويهم. (٢) في المطبوع من المهذب: «لكن».

(٣) في نُسخ المتن المطبوعة (لأن) بحذف الواو، وهو الصحيح.

(٤) لفظة: (ومدعًى) ليست في نسخ المتن المطبوعة.

(٥) (١٧١١).

وفي البخاري(١) عن ابن أَبِي مُلَيْكَةَ قال: «كتب ابن عباس إليَّ أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه».

قال عبد الحق(٢): «وذكر أبو عمر بن عبد البر من طريق مسلم بن خالد الزَّنْجِيِّ، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ، إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ**».

قال: ورواه أبو أحمد من حديث مُسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن عطاء، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ بمثله سواء، وقال: «**إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ**».

ورواه أيضًا من حديث مُسلم بن خالد، عن ابن جريج، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ.

قال: [وهذان](٣) الإسنادان يُعْرفان بمسلم بن خالد، عن ابن جريج، وفي المتن زيادة قوله: «**إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ**». كذا قال أبو أحمد، ومسلم بن خالد لا يحتج به»(٤).

وقد جعل المصنف عمدته في الباب حديث ابن عباس هذا، وأكثر الأصحاب جعلوا عمدتهم في ذلك حديث [٧/٢]ابن مسعود - الذي سنذكره إن شاء الله -، **وما فعله المصنف أولى؛ لأمرين:**

أحدهما: صحة حديث ابن عباس، والكلام في حديث ابن مسعود، كما سيتبين.

---

(١) (٤٥٥٢).

(٢) عبد الحق: هو عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله الأزدي الإشبيلي، أبو محمد، المعروف بابن الخراط؛ من علماء الأندلس، وُلد سنة: (٥١٠هـ)، وتُوفِّي بدمشق سنة: (٥٨١هـ). انظر: تاريخ الإسلام (١٢/ ٧٢٩)، الوافي بالوفيات (١٨/ ٣٩).

(٣) في المخطوطة: «وهذا»، والمثبت من الأحكام الوسطى (٣/ ٣٥٥)، وهو الصواب.

(٤) الأحكام الوسطى (٣/ ٣٥٥).

والثاني: التنبيه على أن التحالف في هذا الباب ليس خارجًا عن قياس الخصومات؛ لينتفع بذلك عند قول الحنفية[١]: أن التحالف ورد عند قيام السلعة على خلاف القياس؛ لحديث ابن عباس.

والشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذكر الحديثين في «المختصر»[٢]، وَصَدَّر بحديث ابن مسعود، ونبه في غير «المختصر» على ضعفه، وإنما حمل أكثر العلماء من الأصحاب وغيرهم على الاعتماد عليه، واقتصارهم على ذكره، أنه الخاص بهذا الباب، واشتهر جدًّا.

قال ابن عبد البر: «هو حديث محفوظ عن ابن مسعود، مشهور أصله عند جماعة العلماء، تلقَّوْه بالقبول وبنوا عليه كثيرًا من فروعه، وقد اشتهر عندهم بالحجاز والعراق شهرة يستغني بها عن الإسناد، كما اشتهر حديث: «**لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»[٣].

وقال ابن المنذر: «ليس في الباب خبر يُعتمد عليه»[٤]؛ يشير إلى الأخبار الناصَّة عليه بخصوصه؛ لخبر ابن مسعود وضعفه من جهة الإسناد.

ومقصود المصنف: أن الاستدلال بخبر ابن عباس على أن كلًّا منهما يحلف، وأما كيفية اليمين، فستأتي؛ وأمَّا تقرير كل منهما مدَّعًى عليه، فواضح، وقد زاده الْفَارِقِيُّ[٥] إيضاحًا، واستدل له بأحكام؛ منها: أنه إذا

---

(١) انظر: الهداية شرح البداية (٣/ ١٦٣)، المحيط البرهاني (٦/ ٥١٣-٥١٤)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٤٧٣).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٤).

(٣) التمهيد (٢٤/ ٢٩٠).

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٢٧).

(٥) الفارقي: الحسن بن إبراهيم بن علي بن برهون الفارقيّ، أبو علي: فقيه شافعيّ؛ ولد بميافارقين سنة: (٤٣٣هـ)، وانتقل إلى بغداد فولي قضاء واسط فتوفي فيها سنة: ٥٢٨هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧/ ٥٧)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٣٠٣).

أقام كل منهما بينة بما ادعاه وأرختا بوقت واحد، تعارضتا، ولو أن العقد واحد لثبت ما اتفقت البينتان عليه، فدل على أن كلًّا منهما مُدَّعٍ عقدًا غير الذي يدعيه صاحبه.

وقد اعترض ابْنُ أَبِي عَصْرُون[1] على المصنف في قياسه، على «ما لو ادعى دينارًا على من ادعى درهمًا، فإن كلًّا منهما يحلف يمينًا واحدة، فلا يلحق به من يحلف يمينين»[2].

والجواب: أن مراد المصنف كون كل منهما يحلف، كما دل عليه خبر ابن عباس؛ وأما كيفية اليمين، فسيأتي الكلام فيها.

وقد زعم الشيخ تَاجُ الدِّينِ الْفَزَارِيّ[3]: أن التحالف على خلاف حديث ابن عباس من جهة أنا سوينا بين المدعي والمنكر [في][4]، والحديث يخص اليمين بالمنكر.

والجواب: ما قدمناه من أن كلًّا منهما مدَّعٍ ومنكر، [٣/١]⇑ولا بد لنا من الكلام على خبر ابن مسعود، وإن كان المصنف قد ذكره في الفصل الذي بعد هذا، وعلى مذاهب في هذه المسألة؛ فأما خبر ابن مسعود، فقد روي من طرق منها

---

(١) ابن أبي عصرون: عبد الله بن محمد بن هبة الله التميمي، شرف الدين أبو سعد، ابن أبي عصرون، من أعيان الشافعية، ولد بالموصل سنة: (٤٩٢هـ)، وإليه تُنسب المدرسة (العصرونية) في دمشق، توفي سنة: (٥٨٥هـ). انظر: الوافي بالوفيات (١٨/ ٢٦٥)، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧/ ١٣٢).

(٢) الانتصار (ص:٣٢٣) بتصرف يسير. رسالة دكتوراه من بداية كتاب البيع وحتى نهاية كتاب الشفعة.

(٣) تاج الدين الفزاري: تاج الدين عبد الرحمن بن إبراهيم بن ضياء الفزاري، المعروف بابن الفركاح، فقيه أهل الشَّام، كان الشيخ عز الدين بن عبد السلام يسميه «الدويك» لحسن بحثه، وُلد سنة: (٦٢٤هـ). وتُوفي بدمشق سنة: (٦٩٠هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٧/ ١٣٢)، الوافي بالوفيات (١٨/ ٥٨).

(٤) هنا سقط من المخطوطة.

طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده؛ قال: اشترى الأشعث رقيقًا من رقيق الخُمس من عبد الله بعشرين ألفًا، فأرسل إليه عبد الله في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: فاختر رجلًا يكون بيني وبينك، فقال الأشعث: أنت بيني وبين نفسك، قال عبد الله: فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ، أَوْ يَتَتَارَكَا**».

هكذا رأيته بغير نون، ويتخرج على أن «أو» بمنزلة «إلَّا» أن، كما في قولهم: لألزمنك أو تقضيني ديني، روى هذا الحديث أحمد[1]، وأبو داود[2]، والنسائي[3]، وابن ماجه[4]، والحاكم في «المستدرك»: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه»[5].

وقال البيهقي بعد أن ذكر إسناده: «هذا إسناد حسن موصول، وقد وري من أوجه بأسانيد مراسيل إذا جُمع بينها صار الحديث بذلك قويًّا»[6].

ثم ذكر طريقًا من جهة عون بن عبد الله، عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْبَائِعَانِ، فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ**»[7].

«وعن عون أن ابن مسعود والأشعث تبايعا، فذكر نحو الحديث الأول إلى أن قال: «**فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ**». عون لم يدرك عبد الله ابن مسعود.

---

(١) (١/ ٤٦٦).
(٢) (٣٥١١).
(٣) (٤٦٤٩).
(٤) (٢١٨٦).
(٥) (٢/ ٥٢) برقم (٢٢٩٣).
(٦) السنن الكبرى (١٠٥٨٦).
(٧) البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٨٧).

وقد روى الشافعي هذه الطريق وحكم عليها بالانقطاع؛ كذلك رأيته في «الأم»[(١)] في باب الخلاف فيما يجب به البيع، وحكى عن الزعفراني[(٢)] عنه[(٣)]، أنه قال: لا أعلم أحدًا يصله عن ابن مسعود»[(٤)].

وعن أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود في رجلين تبايعا سلعة، فقال هذا: أخذت بكذا وكذا، وقال هذا: بعت بكذا وكذا، فقال أبو عبيدة: أُتي عبد الله بن مسعود بمثل هذا، فقال: حضرت رسول الله ﷺ أُتي في مثل هذا، فأمر البائع أن يستحلف، ثم ليخير المبتاع، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك[(٥)]. هذا أيضًا منقطع؛ لأن أبا عبيدة لم يدرك [٣/ب] عبد الله، وقد روى طريق أبي عبيدة هذه الشافعي، ورواها عنه أحمد بن حنبل[(٦)].

وعن بعض بني عبد الله بن مسعود، عن عبد الله بن مسعود، عن النبي ﷺ: **«إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا شَاهِدٌ، اسْتُحْلِفَ الْبَائِعُ ثُمَّ كَانَ الْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ»**[(٧)].

---

(١) (٣/ ١٠).

(٢) الزعفراني: الحسن بن محمد بن الصباح الزعفراني، أحد تلاميذ الشافعي، وجلسائه، ممن رَوَوا عنه المذهب القديم، بل هو أثبت رواة القديم، قال أبو عاصم: الكتاب العراقي منسوب إليه، توفي سنة: (٢٦٠ هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٢/ ١١٤)، الوافي بالوفيات (١٢/ ١٤٧).

(٣) أي: الشافعي.

(٤) البيهقي في السنن الكبرى (١٠٥٨٨)، اختصارًا.

(٥) البيهقي في الكبرى (١٠٥٨٩). وأخرجه: النسائي في الكبرى (٦٢٤٥)، والدارقطني (٣/ ١٨).

(٦) في المسند (١/ ٤٦٦).

(٧) البيهقي في الكبرى (١٠٥٩١). وأخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والنسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (٢٨٥٦ - ٢٨٥٧)، والحاكم (٢/ ٥٥) من طريق عبد الملك بين عبيد عن أبي عبيدة، عن ابن مسعود مرفوعًا. وإسناده ضعيف. ووقع عند بعضهم: عبد الملك بن عمير.

وفي بعض ألفاظه: «وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ»[١].

وعن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن عبد الله بن مسعود، أنه باع الأشعث بن قيس رقيقًا من الخُمْس، فذكر مثل طريق عبد الرحمن بن قيس المتقدم[٢].

وفي بعض ألفاظه: «أَوْ يَتَرَادَّانِ الْبَيْعَ» - بدل قوله: «أَوْ يَتَتَارَكَانِ» - قال الأشعث: أرى أن يُرد البيع؛ وهو منقطع أيضًا؛ ورواه «محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن القاسم، عن أبيه قال: باع عبد الله، ثم ذكر بقيته، لكن ابن أبي ليلى خالف الجماعة في إسناده إلى قوله: «عن أبيه»، وفي متنه حيث زاد فيه: «وَالْمَبِيع قَائِمٌ بِعَيْنِهِ»، ومحمد بن أبي ليلى، وإن كان في الفقه كبيرًا، فهو ضعيف في الرواية، وقد تابعه في هذه الرواية عن القاسم، الحسن بن عمارة، وهو متروك الحديث[٣]، وتابعه على قوله: «عن أبيه» خاصة دون الزيادة في المتن عمر بن قيس المَاصِرُ، كذلك رواه الدارقطني[٤]، وعمر بن الماصر ثقة، وبحكم ذلك يقوى اتصال هذة الرواية بدون الزيادة في المتن، فإن عبد الرحمن سمع أباه.

وروى الدارقطني أيضًا من حديث أبي وائل عن عبد الله قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ وَالْمَبِيعُ مُسْتَهْلَكٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ». ورفع الحديث إلى النبي ﷺ في ذلك[٥]، فقد تحصلنا إلى طرق إلى ابن مسعود من طريق محمد بن الأشعث، وعون، وأبي عبيدة، وعبد الرحمن، وأبي وائل.

---

(١) البيهقي في الكبرى (١٠٥٩٢). وأخرجه: أحمد (١/ ٤٤٦)، وأبو داود (٣٥١٣)، والترمذي (١٢٧٠)، والنسائي في الكبرى (٦١٩٩)، وابن ماجه (٢١٨٦).

(٢) البيهقي في الكبرى (١٠٥٩٤). اختصارًا.

(٣) البيهقي في الكبرى (١٠٥٩٥). بتصرف يسير.

(٤) (٣/ ٢١).

(٥) سنن الدارقطني (٣/ ٢١).

فأما طريق ابن الأشعث، فطعن فيها ابن حزم بأنه «إنما هو عبد الرحمن ابن محمد بن قيس بن محمد بن الأشعث، وهو مجهول ابن مجهول، وأن محمد ابن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود»[١]، وما ذكره من الطعن غير مقبول، والصحيح في نسبة ما قدمناه لا ما ذكره ابن حزم، وذكر غير واحد من الأئمة له تنفي جهالته؛ والحكم بأن محمد بن الأشعث لم يسمع من ابن مسعود، دعوى تحتاج إلى بيان؛ وكذلك ادعى ابن حزم، «أن أبا العميس - وهو عتبة ابن عبد الله بن عتبة بن عبد الله بن مسعود -، لم يسمع من عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث»[٢]، وهذا أيضًا يحتاج إلى بيان.

والظاهر: أنه سمع منه، وأن ابن الأشعث سمع من ابن مسعود لذكر الأئمة روايتهما من غير تنبيه على الانقطاع.

وقال البيهقي: «إن أصح إسناد يروى في هذا الباب، رواية أبي العميس عن عبد الرحمن بن قيس»[٣]، يريد الطريق المذكور.

وأما طريق عون وأبي عبيدة، فهما منقطعان؛ لأن كلًّا منهما لم يسمع من ابن مسعود، وهما متفقان على إثبات الخيار للمشتري بعد حلف البائع.

وأما طريق عبد الرحمن، فقد قال جماعة: إنها منقطعة؛ لأن عبد الرحمن لم يسمع من أبيه، والذي قاله البخاري: إنه سمع من أبيه، ونقل ذلك في «تاريخه»[٤] عن عبد الملك بن عمير، واختلف النقل في ذلك عن يحيى وإسرائيل صرح عنه بالسماع.

[٤/٧] وروى البخاري[٥] بسنده إليه قال: لما حضر عبد الله الوفاة قال له ابنه

---

(١) المحلى (٧/ ٢٥٨).

(٢) المحلى (٧/ ٢٥٨) بمعناه.

(٣) معرفة السنن والآثار (٨/ ١٤١).

(٤) (٢/ ٢٦١).

(٥) وافقه النقل عنه: ابن حجر في تهذيب التهذيب (٦/ ٢١٦).

عبد الرحمن: يا أبته أوصني، قال: ابك من خطيئتك.

فالأصح حينئذ أن عبد الرحمن سمع من أبيه، فأصح ما في الباب رواية عبد الرحمن هذه، ورواية ابن الأشعث التي ذكر البيهقي أنها أصح ما في الباب، وعندي في الترجيح بينهما نظر، وكلاهما متفقان على أن القول قول البائع: أَوْ يَتَتَارَكَا ولا تنافي بين اللفظين، فإن قوله: «**أَوْ يَتَتَارَكَا**» يحتمل معناه - والله أعلم -: أنه إن لم يحلف البائع، تتاركا وتفاسخا البيع، وذلك إنما يكون باختيارهما، ومن المعلوم أن ذلك جائز لهما.

والمقصود: أن ليس لهما طريق إلى الخلاص إلَّا التفاسخ أو حلف البائع، ثم إذا حلف البائع ماذا يكون الحكم، هذه الرواية ساكتة عنه، ورواية عون وأبي عبيدة مُبيِّنة للخيار للمشتري بعد حلف البائع.

قال أصحابنا: معناه المشتري بالخيار، إن شاء أخذ بما حلف عليه البائع، وإن شاء حلف ورده.

ويحتمل أن يكون المراد: «**الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَتَارَكَا**» بالتحالف؛ لأن التتارك بغير يمين لا يجوز، قاله القاضي أبو الطيب[1]: فالمعنى أنه إن اعترف المشتري بما يقوله البائع، وإلا تحالفا وتتاركا، وعلى هذا لا منافاة بينه وبين رواية عون، ويكون في رواية؛ عون زيادة بيان البدأة بيمين البائع - والله أعلم -.

والاحتمال الأول أقرب؛ لأن في الحديث في رواية؛ أن الأشعث قال لابن مسعود: أَرَى أَنْ يُرَدَّ الْبَيْعُ[2].

---

(١) القاضي أبو الطيّب: طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري، قاضٍ من أعيان الشافعية، ولد في آمل طبرستان سنة: (٣٤٨ هـ)، واستوطن بغداد، وولي القضاء بربع الكرخ، توفي ببغداد سنة: (٤٥٠هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ١٢)، الوافي بالوفيات (١٦/ ٢٣٠).

(٢) سنن البيهقي الكبرى (١٠٥٩٥).

وفي رواية: فَإِنِّي أُتَارِكُكَ الْبَيْعَ فَتَارَكَهُ[١].

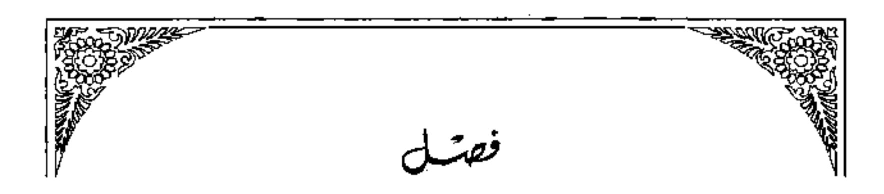
ففي هاتين الروايتين ما بيَّن أن المتاركة بغير تحالف، وأنه لم يحلف لا الأشعث ولا ابن مسعود، فكان المعنى على ما قبله، أولًا؛ أنهما إن ترادَّا البيع فذاك، وإلَّا فالقول قول البائع؛ ثم المشتري بالخيار بين أن يلتزم ما حلف عليه البائع، وأن يحلف ويرد.

وقال الجُورِي[٢]: معنى قوله: «**الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ**»؛ أي: بعد تحالفهما في ألَّا تخرج السلعة عن يده إلَّا بما يقول، فإن لم يأخذه المشتري بذلك ترادَّا ورجع كل منهما إلى أصل ملكه، وأما طريق أبي وائل، فمتصلة لكن في رجال إسنادها ضعيف.



(١) سنن البيهقي الكبرى (١٠٥٩٤).

(٢) هو: أبو الحسن الجوري، القاضي، علي بن الحسين. منسوب إلى (الجُور) بضم الجيم من بلاد فارس، لقي أبا بكر النيسابوري، وحدث عنه وعن جماعة، توفي سنة: (٣٠٠ هـ). انظر: إكمال الإكمال لابن نقطة (٢/ ٣٩١).



فصل

فمن قيد من الرواة حالة البقاء أو حالة التلف حتى لا يحتاج أن يعيده بعد ذلك، أكثر الرواة أطلقوا، وفي رواية أبي وائل هذه التي رواها الدارقطني: «**وَالْمَبِيعُ مُسْتَهْلَكٌ**»[١].

وفي رواية «محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن القاسم: «**وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ**».

وقد أنكر ذلك عَلَى ابن أبي ليلى وعُدَّ من غلطه»[٢]، وتابعه عليها الحسن ابن عمارة، وهو متروك.

قال أبو المظفر بن السمعاني[٣]: والخبر الذي رَوَوْه - يعني هذا - باطل لا أصل له، والأصحاب قد يروون في مقابلته، والسلعة قائمة أو هالكة تحالفا أو ترادًّا، وكلاهما لا أصل له، وهذا الذي قاله السمعاني أحسن مما قاله الغزالي حيث قال في كتاب «المآخذ»[٤] فيما يرويه أصحابنا: أجمع أئمة الحديث على صحته، والغزالي رحمه الله ليس بمن يعوَّل عليه في ذلك، والله يغفر لنا وله، ولولا خشية الاغترار به لم أذكره.

ونقل ابن قدامة عن أحمد بن حنبل أنه قال: «لم يقل فيه: «**وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ**»

---

(١) الدارقطني في الكبرى (٢٨٦٤).

(٢) الدارقطني في معرفة السنن والآثار (٨/ ١٤١). بمعناه.

(٣) أبو المظفر بن السمعاني: منصور بن محمد بن عبد الجبار بن أحمد المروزي السمعاني التميمي الحنفي، ثم الشافعيّ، أبو المظفر، مفسِّر، من العلماء بالحديث؛ من أهل مرو مولدًا ووفاة، كان مفتي خراسان، ولد سنة: (٤٢٦هـ)، وتوفي سنة: (٤٨٩ هـ).

(٤) انظر: تحصين المآخذ للغزالي (٢/ ٤٨٣).

إلَّا يزيد بن هارون قال أبو عبد الله: وقد أخطأ. رواه الخلق عن المسعودي، ولم يقولوا هذه الكلمة»[١].

والكلام في التحالف بعد هلاك المبيع سيأتي [٤/ب] - إن شاء الله تعالى - في سادس فصل من هذا الباب، ولكني قدمت ذكر الحديث هنا؛ لتستغني عن إعادته هناك، ومن الألفاظ التي لا أصل لها؛ الحديث المذكور في «الوسيط»[٢] وغيره[٣] من كتب الفقه: **«إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا»**.

هذا لا يكاد يوجد، ولم يرد ذكر التحالف في شيء من طرق الحديث.

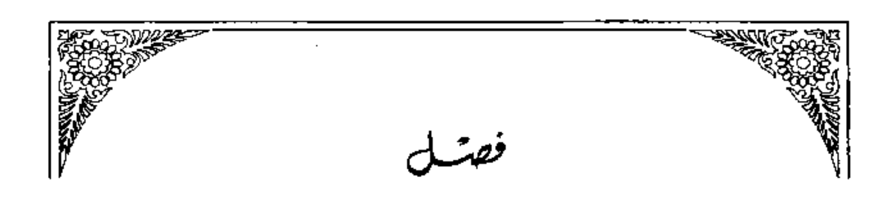
❋ ❋ ❋

---

(١) المغني (٤/ ١٤٦).

(٢) (٣/ ٢٠٥).

(٣) انظر: فتح العزيز (٩/ ١٥٠).



فصل

في مذاهب العلماء في اختلاف المتبايعين

مذهبنا التحالف مطلقًا، سواء أكانت السلعة قائمة أو تالفة، وسواء أكان قبل القبض - وهي قائمة - أو بعد القبض[١]، وبه قال محمد بن الحسن[٢]، ومالك في أصح الروايات عنه[٣]، وأحمد في أصح الروايتين[٤].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يتحالفان حال قيام السلعة، ولا يتحالفان حال تلفها، بل يكون القول قول المشتري[٥]، وهو الرواية الأخرى عن أحمد[٦]، والرواية الثانية عن مالك[٧].

وقال مالك في الرواية الثالثة عنه: إن كان قبل القبض تحالفا، وإن كان بعد القبض؛ فالقول قول المشتري[٨].

---

(١) انظر: البيان (٥/ ٣٨٥)، فتح العزيز (٩/ ١٥٤)، روضة الطالبين (٣/ ٥٥٧).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦١)، البحر الرائق (٧/ ٢١٩).

(٣) انظر: التلقين (٢/ ١٥٧)، المقدمات الممهدات (٢/ ١٩٨)، بداية المجتهد (٣/ ٢٠٧)، حاشية الخرشي (٥/ ١٩٦).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٢/ ٧٨)، الإنصاف (٤/ ٣٢٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٣٦).

(٥) نفس المصدر.

(٦) نفس المصدر.

(٧) نفس المصدر.

(٨) نفس المصدر.

وقال زفر[١] وأبو ثور[٢]: القول قول المشتري بكل حال مع يمينه. وذكر القاضي أبو الطيب أنها رواية عن مالك[٣]، ونقله الماوردي[٤] عن داود[٥]، فهذه أربعة مذاهب.

ونقل الماوردي عن مالك: «أن القول قول مَنِ الشيء في يده؛ لأن اليد دالة على ملكه»[٦]، وبه تجتمع عن مالك خمس روايات.

ونقل عن شُرَيْح[٧] وَالشَّعْبِيّ[٨] في ذلك شيء، فالذي نقله الماوردي عنهما: «أن القول قول البائع»[٩].

---

(١) انظر مراجع الأحناف السابقة.

(٢) وافقه النقل عنه ابن المنذر في الإشراف (٦/ ١٢٧)، وابن قدامة في المغني (٤/ ١٤٤)، وابن رشد الحفيد في بداية المجتهد (٣/ ٢٠٧).
أبو ثور: إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان أبو ثور الكلبي البغدادي، قيل: كنيته أبو عبد الله، ولقبه أبو ثور، كان أحد أئمة الدنيا؛ فقهًا وعلمًا وورعًا، وفضلًا وخيرًا، كان يتفقه بمذهب الأحناف، حتى قدم الشافعي بغداد، فلزمه، وهو من جهابذة الحديث، الذابين عن السنة توفي: سنة (٢٤٠هـ). انظر: الوافي بالوفيات (٥/ ٢٢٦).

(٣) انظر مراجع المالكية السابقة.

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٢٩٧).

(٥) انظر: المحلى بالآثار (٧/ ٢٥٧).

(٦) الحاوي الكبير (٥/ ٢٩٧).

(٧) شريح: شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، من أشهر القضاة في الإسلام، وأخباره مستفيضة في «أخبار القضاة» لوكيع، يقال: له صحبة، ولم يصح، أسلم في حياة النبي ﷺ، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر، وعثمان، وعلي، ومعاوية، واستعفى في أيام الحجاج، توفي سنة (٧٨هـ). انظر: تهذيب الأسماء واللغات (١/ ٢٤٣)، وفيات الأعيان (٢/ ٤٦٠).

(٨) الشعبي: عامر بن شراحيل بن عبد ذي كِبار، الشعبي الحِمْيري، أبو عمرو، ولد ونشأ ومات فجأة بالكوفة، كان ضئيلًا نحيفًا، ولد لسبعة أشهر، وسئل عما بلغ إليه حفظه، فقال: ما كتبت سوداء في بيضاء، ولا حدثني رجل بحديث إلّا حفظته، وهو من رجال الحديث الثقات، توفي سنة: (١٠٣هـ). انظر: الطبقات الكبرى، ط العلمية (٦/ ٢٥٩)، الثقات لابن حبان (٥/ ١٨٥).

(٩) الحاوي الكبير (٥/ ٢٩٧). بمعناه.

وبه تصير المذاهب ستة[١].

والذي نقله ابن المنذر[٢]: أن الشعبي كان يقول: «القول قول البائع أو يترادان البيع، وبه قال أحمد. وقال: القول قول البائع مع يمينه، أو يترادان»[٣].

قال ابن المنذر: «وفيه قولٌ ثانٍ: وهو أن يستحلفا بالله، فإن حلفا أو نكلا، ترادَّا البيع، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان للذي حلف، هذا قول شريح»[٤] - هذا كلام ابن المنذر- ثم حكى بعد ذلك مذهب الشافعي، ومذهب أبي ثور[٥].

فأما ما نقله عن الشعبي وأحمد: فهو كلفظ الحديث الذي فيه: «**الْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَتَارَكَانِ**». فإن كانا قد حملاه على أن المراد أن يتتاركا بترك الخصومة أو يفصلاها، فيكون القول قول البائع مع يمينه، وإذا حلف يحكم له، فهذا محتمل، ويصح مع ذلك أن ينقل عنهما أن القول قول البائع، ويكون ذلك رواية ثالثة عن أحمد، وهو المذهب السادس الذي تقدم، وأما ما نقله ابن المنذر عن شريح، فليس فيه مخالفة لمذهب الشافعي، إلا أن الشافعي يبدأ بتحليف البائع.

ومقتضى كلام شريح: أنهما مستويان.

وفيه[٦] أيضًا: تصريح بأن نكولهما لحلفها وهو كذلك على الراجح عندنا - على ما سيأتي في فرع عند كلام المصنف على كيفية اليمين - فإذا أخذت

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٢٩٧).

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٢٦).

(٣) نفس المصدر.

(٤) نفس المصدر (٦/ ١٢٧).

(٥) نفس المصدر.

(٦) جاءت في الأصل وفيه وفيه، ولعل ما أثبتناه هو الصواب.

مذهب شريح بهذا الترتيب كانت المذاهب سبعة، وإلَّا فهي ستة لا غير.

ثم إن المشهور في مذهب أبي حنيفة الاقتصار في اليمين على النفي، ومذهبنا الجمع بين النفي والإثبات، فإذا أخذت المذاهب مقيدة بكيفية التحالف جاءت سبعة أيضًا أو ثمانية، وأضعفها من فرق بين قيام السلعة وتلفها، وسيأتي بيان ضعفه عند ذكر المصنف لهذا الحكم إن شاء الله، وكذلك تخصيص ⇑ [٤/أ] التحالف بما قبل القبض، وقبول قول المشتري مطلقًا، فيه مخالفة لحديث ابن عباس وابن مسعود معًا، وأما قبول قول: مَنْ الشيء في يده، فهو وإن كان مخيلًا لكن صاحب اليد إذا اعترف بترتبها على يد أخرى، صارت اليد الأولى هي الأصلية.

وأيضًا: إلزام المشتري بالثمن الذي يدعيه البائع، وإن كانت العين في يد البائع تقيد، فلم يبق إلا التحالف كما ذهبنا إليه، أو قبول قول البائع، كما حكى عن الشعبي وأحمد، إلا أن هذا المذهب مخالف للرواية التي فيها إثبات الخيار للمشتري.

فإنا إذا قلنا: قول البائع مطلقًا وألزمنا المشتري الثمن، لم يثبت له خيار، فوجب المصير إلى القول بالتحالف، كما قال به الشافعي وغيره، وقد تقدم أن مذهب شريح موافق لمذهبنا في أصل التحالف.

قال الإمام: «ومعتمد الباب، إما الخبر، وإما مصلحة ناجزة حاقَّة خصيصَةٌ بالباب، هي أولى بالاعتبارِ من الأمر الكلِّي، وهي أن المتعاقدَيْن يعم اختلافُهما، وكل واحدٍ منهما جالبٌ باذلٌ، فلو خصصنا بالتصديق أحدهما، جرَّ ذلك عُسرًا عظيمًا، فرعاية مصلحة العقد أولى من النظر إلى عموم القول في براءة الذمَّة»[1].

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٩). إذا أطلق الإمام في المذهب الشافعي فيقصد به: الإمام الجويني.

وهذا من الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ فيه إشعار بأن التحالف على خلاف القياس، ولكن الأصحاب في الكلام مع الحنفية - كما سيأتي - يبالغون في تقدير أن ذلك على وفق القياس، ويمنعون من تسليم أن البائع موافق للمشتري على شيء ممَّا يدعيه، وإن كان في كلام الإمام إشعار بتسليم ذلك.

واعلم أن قوله في الحديث: «**الْقَوْلُ مَا قَالَهُ الْبَائِعِ أَوْ يَتَتَارَكَا**».

ظاهره أنهما يتتاركان بغير تحالف، وكذلك نقل عن مذهب ابن مسعود، والشعبي، وأحمد[١]، ولعل ذلك على وجه المقابلة وأنها فاصلة للخصومة؛ فإن لم يفعلا، فالقول قول البائع، وظاهر هذا أنه إذا حلف يقضى له، لكن الرواية الأخرى تقتضي تمكين المشتري من الأخذ والترك بعد حلف البائع، وأصحابنا[٢] يجعلون ذلك بحلفه أيضًا، إن حلف حصل الترك، وإلَّا أخذها بما حلف عليه البائع، وظاهر الحديث لا يقتضي ذلك؛ فلو قيل بأنه: إذا حلف البائع يخير المشتري بين الأخذ والترك بغير يمين، كان محتملًا، وهو نوع من التتارك الذي خيَّر الشارع بينه وبين قول البائع، ويكون التتارك إما قبل حلف البائع باتفاقهما، وإما بعد حلفه باختيار المشتري، لكن هذا نوع من الخيار غريب، ولم أرَ من قال به.

وقد اختار أبو الحسن بن المغلس[٣]: أن حديث ابن مسعود ثابت، وأن الواصل له ابن أبي ليلى، وأن حكم النبي ﷺ بالبينة على المدعي واليمين على المدعى عليه معارض له، وإذا امتنع الحكم بالنسخ للجهل بالتاريخ،

---

(١) الروايتين والوجهين (١/ ٣٤٧)، المغني (٤/ ١٤٤)، شرح الزركشي (٢/ ٧٨)، المبدع شرح المقنع (٤/ ٥ - ٦)، الإنصاف (٤/ ٣٢٢).

(٢) البيان (٥/ ٣٨٥)، فتح العزيز (٩/ ١٥٤)، روضة الطالبين (٣/ ٥٥٧).

(٣) أبو الحسن بن المغلس: عبد الله بن أحمد بن محمد بن المغلِّس، عالم فاضل، وفقيه يميل إلى المذهب الظاهري، من تصانيفه: الموضح، والمفصح، توفي سنة (٣٢٤هـ). انظر: الوافي بالوفيات (١٧/ ٢٥)، سير أعلام النبلاء (١٥/ ٧٧).

فالواجب النظر، والنظر يوجب قبول قول المشتري الاتفاق على حصول الملك له، فيقبل قوله في اليمين مع يمينه، وهذا الذي قاله من الاتفاق على حصول الملك غير مفيد؛ لأن الملك نتيجة البيع، ولم يتفقا على بيع خاص.

وقول المصنف: مقدار الثمن، هكذا عادة الأصحاب يفرضون الكلام في الاختلاف في مقدار الثمن، والحكم عام فيما إذا اختلفا في المقدار [٥/ب] كما ذكر، أو في الجنس، بأن يقول: بعتك داري هذه بهذا الثوب، وقال المشتري: بل بعتنيها بهذا العبد، أو في الوصف، كما إذا قال: بعتك بصحاح، فقال: بل بمكسرة، كل ذلك يوجب التحالف إذا اتفقا على المبيع.

وقد يختلفان في المبيع أيضًا مع الاتفاق على الثمن - وسيأتي في كلام المصنف.

وقد يختلفان في المبيع والثمن معًا، فإن لم يحصل اتفاق على واحد منهما سواء أكانا معينين كما إذا قال: بِعْتُك هذا العبد بهذا الثوب، فقال: بل هذه الجارية بهذا العبد؛ أم في الذمة كما إذا قال: بعتك هذا العبد بمائة درهم أو صحاح، فقال: بل هذه الجارية بمائة دينار أو مكسرة، فلا تحالف أصلًا.

وإن حصل اتفاق في بعض ذلك كما إذا قال: بعتك هذا العبد بألف، فقال: بل بعتنيه مع هذه الجارية بألفين، فهاهنا يتحالفان أيضًا.

وقوله: ولم تكن بينة؛ أي: واحدة؛ فلو كان لكل منهما بينة وتعارضا.

فإن قلنا بالتساقط، فكذلك.

وإن قلنا بالاستعمال، فهل يقرع أو يتوقف، وجهان: اقتصر الرافعي[١]

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٥٤).

على الثاني، ولا تجيء القسمة على ما صرح به ابن التلمساني[١].

فرع أطلق المصنف التحالف عند الاختلاف، ولم يفصل بين أن يكون الاختلاف في زمن الخيار أو لا، والذي قاله الماوردي في كتاب السلم فيما إذا اختلفا في الأجل، فإن كان بعد التفرق تحالفا، وإن كانا في المجلس، فلا عقد بينهما[٢]، ووافقه القاضي حسين، فقطع بانتفاء التحالف[٣]، ونازعه الإمام فيه[٤]، ثم إنه زعم أن القاضي لا يلزمهما التحالف، وكان لو اختلفا وراما التحالف، عرض الأيمان عليهما، ثم استشكل هذا ومال إلى موافقة القاضي حسين، وبين كلام الماوردي وكلام القاضي حسين بعض التقارب.

فإن ظاهر كلام الماوردي؛ أن العقد انفسخ بالتناكر.

وظاهر كلام القاضي حسين: أنه لا ينفسخ لكنهما لا يتحالفان؛ لقدرتهما على الفسخ.

وأما التحالف في القراض، فإن كان قبل الخوض في العمل، فلا معنى له، وبعده يجزئ؛ لأن فيه فائدة.

* * *

---

(١) في كتابه: شرح التنبيه، كما نقله عنه ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٢٩١)، (١٣/ ٣٠٤).

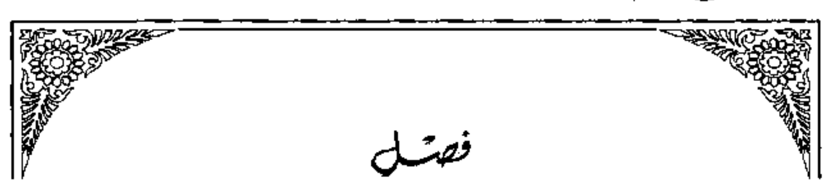
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٢-٤٠٣).

(٣) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٣٣٧).

والقاضي حسين: هو الحسين بن محمد بن أحمد أبو علي المروزي، وهو الذي إذا أطلق المراوزة (القاضي) فإياه يعنون (توفي: ٤٦٢ هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٤/ ٣٥٦).

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٧-٣٣٨).

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[البدء بيمين البائع]

قال الشافعي رحمه الله في «البيوع»: يُبدأ بيمين البائع.
وقال في «الصداق»: [إذا اختلف الزوجان][1] يبدأ بيمين الزوج، والزوج كالمشتري.
وقال في «الدعوى والبينات»: إن بدأ بالبائع خُيِّر المشتري، وإن بدأ بالمشتري خُيِّر البائع، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بيمين البائع[2]، وبين أن يبدأ بيمين المشتري[3].
[فمن أصحابنا من قال: فيها ثلاثة أقوال؛ أحدُها: يبدأ بالمشتري][4]؛ لأن جَنَبَته أقوى؛ لأن المبيع [في][5] ملكه، فكان بالبدأة[6] أولى.

---

(١) ما بين المعقوفين غير موجود في المخطوطة، وقد أثبتناه من متن المصنف؛ ليستقيم المعنى. انظر: المهذب (٣/ ١٤٨).
(٢) قوله: «بيمين البائع» في المطبوع من المهذب: «بالبائع».
(٣) قوله: «بيمين المشتري» في المطبوع من المهذب: «بالمشتري».
(٤) ما بين المعقوفين غير موجود في المخطوطة، وقد أثبتناه من متن المصنف؛ ليستقيم المعنى. انظر: المهذب (٣/ ١٤٨).
(٥) في المطبوع من المهذب: «على».
(٦) في المطبوع من المهذب: «بالبداية».

والثاني: [أنه][١] يبدأ بيمين من[٢] شاء منهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعوى، فتساويا، كما لو بدءا[٣] شيئًا في أيديهما[٤].

والثالث: يبدأ البائع[٥]، وهو الصحيح؛ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ، وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ». فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع، ولأن جنبته أقوى؛ لأنهما[٦] إذا تحالفا رجع المبيع إليه، فكانت البدأة به أولى.

ومن أصحابنا من قال: [٦/أ] هي على قول واحد أنه يبدأ بالبائع، وتحالف الزوج في الصداق؛ لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة؛ لأن البُضع بعد التحالف على ملك الزوج، فكان بالتقديم أولى، وها هنا جنبة البائع أقوى؛ لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع، فكان البائع بالتقديم أولى، والذي قال في «الدعوى والبينات» ليس بمذهب له، وإنما حكى ما يفعله الحاكم باجتهاده؛ لأنه موضع اجتهاد، فقال: إن حلف الحاكم البائع باجتهاده، خيّر المشتري، وإن حلف المشتري خيّر البائع.



حديث ابن مسعود تقدم الكلام عليه، واللفظ الذي ذكره المصنف هنا لفظ رواية عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود، عن ابن مسعود، أخرجه

(١) غير موجود في المطبوع من المهذب.
(٢) قوله: «بيمين من» في المطبوع من المهذب: «بمن».
(٣) في المطبوع من المهذب: «لو تداعيا».
(٤) في المطبوع من المهذب: «يديهما».
(٥) قوله: «يبدأ البائع» في المطبوع من المهذب: «أنه يبدأ بالبائع».
(٦) في المطبوع من المهذب: «لأنه».

الترمذي[١]، ورواه الشافعي[٢] عن سفيان بن عيينة، عن محمد بن عجلان، عن عون، وهو منقطع؛ لأن عونًا لم يدرك ابن مسعود، وقد تقدم موافقة أبي عبيدة له على معنى هذا اللفظ، وكلام الناس على حديث ابن مسعود في الجملة، ويقويه الاحتجاج به، والتوفيق بين معنى هذا اللفظ وبقية ألفاظ رواياته.

وأما نصوص الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فقال الأصحاب: «إنه نصَّ في البيع أنه يبدأُ بالبائع، وفي السَّلَم بالمُسْلَم إليه، وفي الكتابة بالسَّيد، وهذه النُّصوص الثلاثة متوافقة؛ لأن المُسْلَم إليه بائع، والسيد[٣] في رتبة البائع.

ونص في الصَّدَّاق: «أنه يبدأ بالزَّوج»، وظاهره يخالف سائر النُّصُوص؛ لأن الزَّوج شَبِيهٌ بالمشتري.

ونص في الدَّعَاوى: «أنه إن بدأ بالبائع خيَّر المشتري، وإن بدأ بيمين المشتري خيَّر البائع، وهذا يشعر بالتسوية والتَّخيير»[٤]، وقد رأيت هذه النصوص.

أما نصه في البيع، ففي «مختصر البويطي» في باب الدعوى والبينات، قال: «وإذا اختلف المتبايعان في [الثمن][٥]، والسلعةُ قائمةٌ في يدي البائعِ، أحلف، ثم قيل للمبتاع: إن شئت فَخُذْ، وإلَّا فاحلف وَرُدَّ»[٦].

ونصه في السلم والبيع أيضًا في «الأم» في باب اختلاف المسلِف

---

(١) (١٢٧٠).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٤).

(٣) في المخطوطة: (والسيدة) بإثبات تاء التأنيث، والصحيح ما أثبتناه.

(٤) نقلًا عن فتح العزيز (٤/ ٣٨١) ط/ العلمية. وانظر: كفاية النبيه (٩/ ٢٩٢).

(٥) في المخطوطة: (اليمين)، والصحيح ما أثبتناه كما في مختصر البويطي (ص: ١٠٠٥).

(٦) مختصر البويطي (ص: ١٠٠٥).

والمسلَف في الثمن، قال الشافعي: «ولو اختلف المُسَلِّف والمُسَلَّف في السلم، فقال المشتري: أسلفتك مائة دينار في مائتي صاع حنطة، وقال البائع: أسلفتني مائة دينار في مائة صاع حنطة، أُحلفَ البائع بالله ما باعه بالمائة التي قبض منه إلَّا مائة صاع.

فإذا حلف؛ قيل للمشتري: إن شئت، فلك عليه المائة الصاع التي أقر بها، وإن شئت؛ فاحلف ما ابتعت منه مائة صاع، ولقد كان بيعك مائتي صاع؛ لأنه مدع عليك أنه ملك عليك المائة الدينار بمائة صاع، وأنت منكر، فإن حلف، تفاسخا البيع»[1].

ثم ذكر الشافعي: «كذلك اختلافهما في المسلم فيه تمرٍ أو ذرةٍ، أو بردي أو عجوة أو غير ذلك»[2].

وكذلك اختلافهما في الأجل سنة أو سنين، ثم قال: «وهكذا القول في بيوع الأعيان يعني أنهما يتحالفان»[3].

وأما نصه في الكتابة ففي «الأم» في الجزء الثاني عشر في اختلاف السيد والمكاتب، ذكر صورًا كثيرة [٦/ب] فيما إذا تصادق السيد وعبده على كتابة صحيحة، واختلفا فيها، ثم قال: «وحيث قلت: أُحلِّفُهُما، فإن نكل السيد وحلف العبد، فهو مكاتب على ما ادعى؛ وإن لم يحلف، كان عبدًا، ؛ وإن نكل السيد والعبد، كان عبدًا، لا يكون مكاتبًا حتى ينكل السيد ويحلف العبد مع نكول سيده»[4].

ثم ذكر الشافعي شروط البينة التي تقام على الكتابة، ثم قال: «فإذا

---

(١) الأم (٣/ ١٣٨).

(٢) نفس المصدر. بمعناه.

(٣) نفس المصدر (٣/ ١٣٩).

(٤) نفس المصدر (٥/ ٨٨ - ٨٩).

نقضت البينة من هذا شيئًا سقطت وحلف السيد، وكان العبد مملوكًا، وإن نكل حَلَفَ العبد وكان مكاتبًا على ما حلف عليه»[١]. انتهى.

وهذا نص في البدأة بالسيد، فهذه هي النصوص المتفقة على البدأة بجانب البائع، والمصنف اكتفى بذكر نصه في البيع عن النصين الموافقين له.

وأما نصه في الصداق، ففي «مختصر المزني» صريحًا قال: «وَبَدأْت بِالرَّجُلِ»[٢]، وكذلك هو في «الأم» قال: «وأبدأ بالرجل في اليمين، فإن حلف أحلفت المرأة، فإن حَلَفت جَعَلْت لها مهر مثلها»[٣].

وأما نصه في الدعوى والبينات فرأيت في أول الجزء العاشر من «الأم» قبل باب الدعوى في الميراث، قال الشافعي: «إذا تداعى الرَّجُلَان البيع فتصادقا عليه، واختلفا في الثمن، قال البائع: ألفان. وقال المشتري: ألف. [تحالفا][٤]، فإن حلفا معًا، فالسلعة مردودة على البائع، وأيهما نكل رَدَدْت اليمين على المُدَّعَى عليه، [وإن][٥] نكل المشتري، حلف البائع لقد باعه بالذي قال، ثم لزمه الألفان، فإن حلف البائع ثم نكل المشتري، أخذ البائع الألفين»[٦].

فأول هذا الكلام يقتضي عرض اليمين على المشتري أولًا، وآخره يقتضي خلافه، وذلك لا يتم إلا مع القول بالتسوية والتخيير.

ثم قال الشافعي: «وهكذا إن كان الناكل هو البائع، والحالف هو

(١) نفس المصدر (٨/ ٥٦).
(٢) مختصر المزني (٨/ ٢٨٤).
(٣) الأم (٥/ ٧٧).
(٤) في المخطوطة: «تحلفا». والمثبت من الأم (٦/ ٢٤٥).
(٥) في المخطوطة: «إن» والإصلاح من الأم (٦/ ٢٤٥).
(٦) الأم (٦/ ٢٤٥). مختصرًا.

المشتري، كانت بيعًا له بالألف»[١]؛ هذا هو النص الذي رأيته في الدعاوى من «الأم».

فإما أن يكون الأصحاب أخذوا العبارة التي نقلوها عن الدعاوى من هذا النص بالمعنى، وإما أن يكون له فيها نص آخر وهو الأقرب، فإن في كلام الشيخ أبي حامدٍ[٢] وغيره[٣] أنه قال: إن استحلف الحاكم البائع وإن استحلف المبتاع، وهذا النص الذي ذكرته لا ذكر للحاكم فيه.

وقد اختلف الأصحاب بسبب اختلاف هذه النصوص على طرق، أشهرها طريقان، اقتصر العراقيون عليهما، إحداهما: وهي التي أوردها ابن أبي هريرة في «تعليقه»، والجُوْرِي في «شرحه»، وقال الرافعي: «إنها الأظهر؛ **إن المسألة على ثلاثة أقوال؛ أظهرها**: أن البدأة بالبائع.

والثاني: البدأة بالمشتري، وهو مذهب أبي حنيفة[٤].

والثالث: يتساويان.

قال الشيخ أبو حامد: وهو أظهر حجاجًا؛ وعنه: أنه أقيس، وإن كان الأول ظاهر المذهب»[٥].

---

(١) الأم (٦/ ٢٤٥).

(٢) إذا قال الشيخ أبي حامد فهو يقصد: أحمد بن محمد بن أحمد الأسفراييني، أبو حامد: من أعلام الشافعية. ولد في أسفرايين (بالقرب من نيسابور) ورحل إلى بغداد، فتفقه فيها وعظمت مكانته. وألف كتبًا، منها مطوَّل في أصول الفقه، ومختصر في الفقه سماه «الرونق»، وتوفي ببغداد سنة: (٤٠٦هـ = ١٠١٦م). انظر: طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح (١/ ٣٧٣)، طبقات الشافعيين لابن كثير (ص: ٣٤٥)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ١٧٢).

(٣) انظر: الوسيط (٣/ ٢٠٩-٢١٠).

(٤) بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩)، تبيين الحقائق (٤/ ٣٠٥)، العناية شرح الهداية (٨/ ٢٠٩)، حاشية ابن عابدين (٧/ ٤٦٩).

(٥) فتح العزيز (٤/ ٣٨١). ط العلمية. بتصريف يسير.

وقال الفَارِقِيُّ: إنه الأصح.

«**وعلى هذا فأوجه؛ أشهرها** - ولم يورد الأكثرون غيره: أن الحاكم مخير في ذلك يبدأ [بمن اتَّفق][١]»[٢].

والثاني: إلى اجتهاد[٣] الحاكم، ولم يورد ابن أبي هريرة في «تعليقه» تفريعًا عن هذا القول غير هذا، وكذلك سلامة المقدسي في «شرح المفتاح».

والثالث: «يقرع بينهما كما [١/٧] يقرع بين المُتَسَاويين إلى مجلسه»[٤].

وهذا حكاه الرافعي مع الأول تفريعًا على هذا القول، ولم أرَ أحدًا جمع الأوجه الثلاثة هكذا، فأكثرهم[٥] يقتصر على التخيير، وبعضهم يبدله بالاجتهاد، والرافعي ضم إلى التخيير قول القرعة، وبذلك يحصل في المسألة على هذه الطريقة خمسة أقوال للشافعي والأصحاب، **وإن شئت قل خمسة أوجه؛ أحدها**: البدأة بالبائع.

الثاني: البدأة بالمشتري.

الثالث: التخيير.

الرابع: الاجتهاد.

الخامس: القرعة، ولا يوجد في المسألة مذهب غير هذه الخمسة.

«**الطريقة الثانية**: القطع بأن البدأة بالبائع»[٦]، وهي الصحيحة عند الشيخ

---

(١) زيادة لا بد منها من فتح العزيز (٤/ ٣٨١). ط العلمية.

(٢) فتح العزيز (٤/ ٣٨١). ط العلمية. بتصريف يسير.

(٣) جاءت في المخطوطة: «إلى اجتهاد إلى»، بزيادة «إلى» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) فتح العزيز (٤/ ٣٨١). ط العلمية.

(٥) في المخطوطة: (أكثرهم) وما أثبتناه أقرب للصواب.

(٦) فتح العزيز (٤/ ٣٨١). ط العلمية.

أبي حامد، والماوردي[١]، وقال سلامة: إنها اختيار صاحب «المفتاح»[٢].

الطريقة الثالثة: - وهي التي ذكرها أكثر الخراسانيين - الاقتصار من طريقة الخلاف على حكاية قولين وعدم التعرض لقول التساوي؛ لأنهم لم يحكوا النص المحكي عن الدعاوى، وسببه أن يكون الناقلون لطريقة الخلاف لمَّا لم يروا نص الدعاوى اقتصروا على حكاية القولين، فلا يكون بينهما وبين طريقة العراقيين اختلاف إلَّا في الاقتصار على بعض ما نقلوه، وإنما تحسن عدها طريقة مخالفة للطريقة الأولى، إن ثبت القول بها عن أحد من أصحاب الوجوه، وأن القول الثالث ليس شائعًا عنده؛ إما لتأويله نص الدعاوى، أو عدم اطلاعه، وقد رأيت الروياني في «البحر»[٣] عدها طريقة أخرى زائدة على الطريقة الأولى، فتبعته في ذلك، وفيه ما نبهت عليه.

والطريقة الرابعة، والخامسة، والسادسة: القول بالتخيير، والاجتهاد، والقرعة، وهي الأوجه التي قدمتها على الطريقة الأولى، لكن الخراسانيين لما اقتصروا من طريقة الخلاف على القولين حكوا هذه الثلاثة طرقًا.

أما التخيير والقرعة: فحكاهما الإمام[٤]، والغزالي[٥] عن حكاية صاحب «التقريب»، وظاهره أن كلًّا من الطريقين قاطعة بذلك، فإن الإمام لما حكى طريقة التخيير قال: «وهذا القائل حمل نصوص الشافعي على حكم الوفاق في إجراء الكلام»[٦].

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٠). وانظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٩).

(٢) كتاب «المفتاح» للشيخ أبي العباس: أحمد بن أبي أحمد؛ المعروف: بابن القاص الطبري المتوفى سنة: (٣٣٥).

(٣) (٥/ ١٩).

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٤١).

(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٩).

(٦) نهاية المطلب (٥/ ٣٤١).

وأما الاجتهاد: فنقله القاضي الحسين في «تعليقه» حكاية الطرق، والإمام صرح بأنه طريقة، وحكاها عن نقل بعض من يوثق به معزوة إلى طريقة القاضي[1]، فهذا ما يجتمع من كلام الأصحاب والمتلخص منه الخمسة الأوجه التي ذكرتها، وقد يتساهل بتسمية الطريق وجهًا، فلا حرج عليك في هذا الإطلاق.

وأما تحرير الطرق، فالمحرر منها الطريقان الأولان، والطريق الثالثة قد علمت ما فيها.

والثلاث الأخيرة، **يحتمل** أن يكون صاحب «التقريب» في التخيير والقرعة، والقائل بالاجتهاد، قالوا ذلك تفريعًا على قول التساوي، فيكون ذلك داخلًا في الطريقة الأولى، وتكون هي الأوجه الثلاثة الماضية وتسقط حكاية هذه الطرق.

ويحتمل: أن يكون كل منها قاطعة بذلك الوجه، فيعد طرقًا غير ما تقدم، وعلى كل تقدير، فلا زيادة على الخمسة الأوجه، وكيف ما كان فظاهر المذهب البدأة بالبائع، وسيأتي تخريج طريقين آخرين، فإن تحرر ذلك تكون الطرق ثمانية، الستة المتقدمة، ⇑ [٧/ب] **وسابعة**: البدأة بالبائع قطعًا وفي الزوج قولان.

وثامنة: البدأة بالزوج قطعًا وفي البائع قولان، وسنذكر موضع تخريجهما في كلام الرافعي.

وهاهنا أمور: **أحدها**: أن الإمام استشكل القول بالاجتهاد، وقال: «هذا كلام ظاهره ركيك من جهة أن القضاة في الوقائع كلها يقضون باجتهادهم، وإنما الكلام في ذكر وجوه الاجتهاد، فإذا تعدينا تقديم جانب، فذكر اجتهاد

(١) نفس المصدر (٥/ ٣٤٢).

القاضي لا معنى له، قال: والظن أن المراد بهذا تخير القاضي، ولكن المعلَّق عنه لم ير التخيير في الوقائع، فحمل هذا على الاعتقاد في ردِّ الأمر إلى الاجتهاد»[١] هذا كلام الإمام.

واعلم أن الكلام إذا حمل على اجتهاد الحاكم في تقديم البائع أو المشتري من حيث الجملة كان ركيكًا، كما قاله الإمام، أما إذا حمل على اجتهاد الحاكم في الأمور الجزئية المقتضية في بعض الأوقات تقديم البائع أو المشتري بعينه لما يقترن بتلك الواقعة من الأمور التي هي مجال نظر الحاكم فليس ركيكًا.

قال ابن الرفعة: «وله عندي وجه، فإن الحاكم قد يرى من أحدهما مخايل الاعتراف، فيرى البدأة بتحليفه يقر أو ينكل، فيحلف الآخر يمينًا واحدة، فتنفصل الخصومة عن قرب»[٢].

قلت: وهذا حسن، وإذا فقدت هذه الأمور واستوى الجانبان، عاد الأمر إلى التخيير، وقد علمت أن الناقل عن القاضي لم ينفرد بذلك إذا حكينا القول بالاجتهاد عن غيره في الوجوه المتقدمة، لكن عبارة الأكثرين التخيير، فإما أن يكون وجهين أو طريقة كما تقدم، ويحتمل على بعد أن يحمل أحدهما على الآخر، إمَّا برد الاجتهاد إلى التخيير كما قاله الإمام، وإما برد التخيير إلى الاجتهاد؛ لأن الاختيار كثيرًا ما يطلق في تصرفات الحكام، والمراد به: الاجتهاد لا التشهي، وكل من الاحتمالين بعيد، والمراد الاختيار المحض؛ لاستواء الجانبين على وجه، أو الاجتهاد على آخر.

الثاني: أن الإمام قال عن طريقتي التخيير والإقتراع: «إن كلًّا منهما

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٢).

(٢) المطلب العالي في شرح الوسيط للغزالي (ص: ١٧٨). رسالة ماجستير من التحالف في البيع إلى السلم.

صادرة عن قياس، وما يتكلفه الفقهاء من تقوية جانب على جانب إذا كان لا يفيد التصديق ولا معنى له، فلا ينقدح إلا مسلكان التخيير أو الإقراع»[(١)]، وإنما قطع بالإقراع في المتساويين؛ لأنه في خصومتين، وللمتقدم غرض ظاهر في تخيير مقصوده، وها هنا الخصومة واحدة لا تنفصل بأحد الجانبين.

ثم إن الإمام بعد ذلك ضعف الطريقتين؛ لمخالفتهما النص إذا لم يقف على نص الدعاوى، ومال إلى خلاف قول التسوية.

قلت: ولنا وجه في المتساويين أن الحاكم مخير إن شاء أقرع، وإن شاء قدم باجتهاده، وفيه شاهد لطريقة الاجتهاد هاهنا، ولكن الفرق الذي قاله الإمام هنا محتاج إليه للقول بالتخيير هنا من غير اجتهاد، ولم يقل به في المتساويين.

الثالث: في الاستدلال لما تقدم، أما تقديم البائع وهو الصحيح، فلما ذكره المصنف من الحديث، وقد تقدم في بعض ألفاظه: «**اسْتُحْلِفَ الْبَائِعُ ثُمَّ الْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ**»[(٢)].

وهو نص، لكن ذلك من رواية عون، وقريب منه من [٨/أ] رواية أبي عبيدة كما تقدم، وهما منقطعان، فإما أن يكتفي بذلك، لثبوت أصل الحديث، وإما أن يقصد بتأويل الرواية المتصلة عليه كما سبق، أو بنوع من القياس كما ذكره المصنف؛ لأن الأصول تقتضي أن كل من كانت جنبته أقوى كانت اليمين في جانبه والبائع أقوى؛ لما ذكره المصنف، ولأن البائع يأتي بصدر العقد، وهو

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٤١). مختصر بتصريف.

(٢) أخرجه: أحمد (١/ ٤٦٦)، والنسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (٢٨٥٦ - ٢٨٥٧)، والحاكم (٢/ ٥٥)، والبيهقي في الكبرى (١٠٥٩١) من طريق عبد الملك بين عبيد عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعًا، وإسناده ضعيف. ووقع عند بعضهم: عبد الملك بن عمير.

الإيجاب؛ والقبول فرعه، وقد عورض ما ذكره المصنف بأن اليمين رجع إلى المشتري؛ وهذا أولى، فإن الاختلاف لم يقع في المبيع، وإنما وقع في اليمين، فكان النظر إليه وإلى من يرجع له أولى من النظر إلى المبيع، وإن كانا ضعيفين؛ فإنه إثبات للقوة قبل التحالف بما يحصل التحالف.

والجواب عن ذلك: أن رجوع الثمن إلى المشتري فرع رجوع المبيع إلى البائع، والمبيع هو المقصود، والتحالف الصادر من المتبايعين سواء، فلولا أن جانب البائع أقوى لبقي المبيع للمشتري كما كان عليه؛ إذ هما متفقان على أنه لعينه ملك للمشتري، بخلاف الثمن، فإنه باختلافهما لم يحصل اتفاق على ثمن مملوك للبائع.

وأما تقديم المشتري، فلِمَا ذكره المصنف، ولخبر الأشعث، والتمسك بقوله، فهو ما يقوله رب السلعة، وهو في الحال المشتري دون البائع؛ ولأن البائع معترف بالملك للمشتري ويدعي عليه زيادة في الثمن وهو ينكرها، والأصل براءة ذمته، فإن لم يكتف بقوله، فلا أقل من البدأة به، وقد عورض ما ذكره المصنف بأن الثمن في الحالة في ملك البائع، وقد عرفت ما في هذه المعارضة.

أما خبر الأشعث فمن تأمله عرف أن المراد برب السلعة: البائع، وهو عبد الله بن مسعود، ولهذا قال له الأشعث: أرى أن يرد البيع.

والجواب عن العلة الأخرى: بتقرير أصل التحالف، وأنهما مستويان في الدعوى لا ترجيح لأحدهما على الآخر، ثم إن ذلك وما حصلت به المعارضة في ترجيح البائع إنما يتم إذا كان الاختلاف في الثمن، وذلك ليس في جميع صور التحالف، بل قد يكون الاختلاف في مقدار المبيع، ولا يعلم قائلًا بالفرق.

وأما القول بالتسوية، فموجَّه بأنه لا مزية لأحدهما على الآخر في

الدعوى، فوجب أن يكون إلى مشيئة الحاكم، كما يقول في رجلين تداعيا شيئًا وهو في يديهما، وكل واحد منهما يدعي جميعه، فإنهما يتحالفان، أي: يحلف كل منهما أنه لا حق لصاحبه فيما في يده[1]، كما صرح به الشيخ أبو حامد، ويبدأ الحاكم بيمين من شاء منهما، كذلك هنا صرح بالحكم المقيس عليه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، والقاضي حسين، وهو مقتضى كلام المصنف.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه لا يختلف المذهب فيه.

قلت: وهذه المسألة المقيس عليها فيها شبه من مسألة المتساومين من جهة أنهما خصومتان، وقد تقدم أنه لا قائل بالتخيير في مسألة المتساومين، وفيها شبه من مسألة التحالف من جهة أنهما كالخصومة الواحدة؛ لتعلق كل منهما بالآخر، فيحتاج على المذهب إلى الفرق بينهما، وذلك أنهما مستويان من كل وجه ⇑[٨/ب] وليس فيهما من الترجيح ما ذكرناه في جانب البائع، والفرق بينهما وبين مسألة المتساومين تعدد الخصومة، وها هنا لا فائدة في التقديم في فصل خصومة أحدهما دون الآخر، وقول المصنف في توجيه هذا القول: لا مزية لأحدهما على الآخر في الدعاوى تقييد لا بد منه؛ لأنه قال في بقية كلامه: أن جانب البائع أقوى، فلو لم يقيد بذلك لتناقض، ومع هذا القيد لا تناقض؛ لأن تلك القوة ليست في الدعوى، بل في شيء آخر.

الرابع: أن هذا التقديم هل هو على وجه الوجوب أو الاستحباب؟ فيه وجهان: حكاهما الماوردي[2]؛ **أحدهما**: وهو الذي جزم به الشيخ أبو حامد، وصاحب «التتمة»[3]، . . . .

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١١).

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠١).

(٣) نقله عنه أيضًا الرافعي في فتح العزيز (٩/ ١٧٨). وانظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢١١).

و«التهذيب»[(١)]، والرافعي[(٢)]، أن ذلك على جهة الاستحباب، فإن قدم المشتري عليه، جاز وإن كان بغير اجتهاد.

والثاني: أنه على جهة الاستحقاق، فإن قدم المشترى عليه، لم يجز إلَّا أن يؤدي اجتهاده إليه، وهو الأشبه عند الماوردي[(٣)]، وعندي عملًا بالحديث، وقد استشكل ابن أبي الدم هذا الخلاف، وقال: أن هذه المسألة مختلف فيها، والحاكم المتنازع لديه إذا كان مجتهدًا، ورأى وجوب تقديم البائع أو المشتري وجب عليه العمل بما رآه، وإن توقف آخرالحكم إلى أن يترجح في ظنه أحد المذهبين، فأين فائدة الاختلاف، وهذا الاستشكال ضعيف جدًّا؟! والاختلاف في كل المسائل المتعلقة بالحكام كذلك، والمقصود أبدًا وجه الاجتهاد.

والصواب في ذلك وفائدة القول بالوجوب: أن الحاكم إذا خالف بغير اجتهاد، وقدم المشتري، لم يصح تحليفه، وعلى القول بالاستحباب يصح، وإن فعل ذلك بغير اجتهاد في التقديم.

الخامس: أن الأقوال الثلاثة على الطريقة الأولى جارية في المسائل كلها البيع، والسلم، والكتابة، واختلاف الزوجين، صرح به الشيخ أبو حامد وغيره[(٤)].

وقال الرافعي: «إذا قلنا بطريقة إثبات الخلاف، فإن قدمنا البائع، لم يخف من ينزل منزلته في سائر العقود، وفي الصداق يأتي وجهان؛ أحدهما: أن البدأة بالمرأة، نقله صاحب «التهذيب» وغيره، وأوفقهما

---

(١) (٣/ ٥٠٦).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٨٢).

(٣) الحاوي (٥/ ٣٠١).

(٤) انظر المصادر السابقة في المسألة.

للنص؛ أن البدأة بالزوج»[١].

وقال النووي: «أن هذا أصح»[٢]، وهو بعيد عندي على هذه الطريقة ومقتضى التفريع البدأة بالمرأة، كما قاله صاحب «التهذيب»[٣]، وكذا قاله الإمام[٤].

قال الرافعي: «وإن قدمنا المشتري، فالقياس انعكاس الوجهين»[٥].

قلت: لكن لا يمكنه أن يقول: إن الأوفق النص البدأة بالمرأة، فإن ذلك مخالف للنص بالكلية، والذي ينبغي القطع بتقديم الزوج، فإنا على طريقة إثبات الخلاف نرى أن الزوج في رتبة المشتري، ولولا ذلك لما جعلنا النصوص مختلفة، ولا قررناها على حالها، وإذا كان كذلك حكمنا بتقديم المشتري بعين الوقوف على النص، وإن حكمنا بتقديم البائع أتى الوجهان اللذان نقلتهما، ومن ذلك تأتي طريقتان غير الطرق الستة المتقدمة، **إحداهما**: البدأة بالزوج قطعًا، وفي البائع خلاف، وهذه خارجة بما قلناه آخرًا.

والثانية البدأة بالبائع قطعًا، [٩/أ] وفي الزوج خلاف، وهذه تتركب مما قاله أولًا، ومن الطريقة القاطعة.

السادس: أن الطريقة القاطعة بتقديم البائع مقررة للنصوص ومجزئة لنصه: «في البيع، والسلم، والكتابة» على ظاهرها ونحتاج إلى الجواب عن نصه في الصداق والدعاوى، فأما نصه في الصداق، فعنه: اعتذار أن

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٧٨).
(٢) منهاج الطالبين (ص: ١٠٨). بمعناه.
(٣) (٣/ ٥٠٥).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٧).
(٥) فتح العزيز (٩/ ١٧٨).

أحدهما: أنه موافق؛ لأن الزوج في رتبة البائع؛ لأن الاختلاف في النكاح، إنما يظهر أثره في الصداق والزوج تابع الصداق.

والثاني: تسليم أن الزوج في رتبة المشتري، ومع ذلك يقدم؛ لأن جانبه أقوى بدليل بقاء المعقود عليه على ملكه بعد الفسخ بخلاف المشتري في غيره من المعقود، وبأن دعوى اتفاقهما على حصول الحلي له، وأن الأصل براءة ذمته من الزيادة(١).

وهذا الجواب أوفق لكلام المصنف، فإنه قال أولًا: إنه كالمشتري، واقتصر آخر على ترجيح جانبه ومجموعهما حاصل هذا الجواب.

وأما نصه في الدعاوى، فله تأويلان:

أحدهما: أنه التقديم على جهة الاستحباب كما تقدم عن جماعة، ولما كان ذلك رأي الشيخ أبي حامد صحح هذا التأويل، لكنا قدمنا عن الماوردي أن الأشبه خلافه(٢).

والثاني: وهو الذي جزم به الماوردي، والقاضي أبو الطيب، والمصنف، وغيرهم: أن ذلك ليس مذهبه، «وأنه إنما أراد أن الحاكم إذا أداه اجتهاده إلى تقديم المشتري جاز، وإن أداه إلى تقديم البائع جاز؛ لأن هذا مما طريقه الاجتهاد، وليس كاللِّعان الذي ورد فيه النص بتقديم الزوج، فلا يجوز خلافه»(٣).

قلت: والمراد بالاجتهاد ها هنا الاجتهاد في تقديم البائع أو المشتري من حيث الجملة الذي هو أصل المسألة ومحل نزاع الفقهاء، وليس المراد به الاجتهاد المتقدم على أحد الأوجه المفوض إلى الحاكم الذي فسرناه بما

---

(١) من قوله: «وبأن دعوى اتفاقهما...» إلى هنا حصرها الناسخ بين كلمتي (من) و(إلى).
(٢) الحاوي (٥/ ٣٠١). وانظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢١١).
(٣) الحاوي (٥/ ٣٠١). بتصرف يسير.

رجع إلى التحري في القضايا الجزئية وفصل الخصومات.

السابع: أن تقديم أحد الجانبين مخصوص على ما قاله الإمام بما إذا كان الثمن في الذمة، وكان المبيع عينًا أو جنسًا مقصودًا، كالمسلم فيه، أما إذا تبادَلا عرضًا لعرض، فلا يتجه غير التسوية، كذا ذكره الإمام[١]، والغزالي[٢]، قال الرافعي: «وينبغي أن يخرج ذلك على أن الثمن ماذا»[٣]، وهذا الذي قاله الرافعي جزم به أبو إسحاق العراقي في شرح: اتصلت به باء الثَّمَنِيَّةِ يجيء فيها الطرق المتقدمة.

واعترض ابن الرفعة[٤] على الرافعي بأن مأخذ البدأة قوة جانب على جانب، وهي مفقودة في العرضين؛ إذ كل مقصود اتصلت باء الثمنية به أم لا، والقياس الذي هو مأخذ البدأة في الدعاوى قد يكون في جانب البائع، وقد يكون في جانب المشتري ولا نظر معه إلى ما اتصلت به باء الثمنية.

الثامن: وقع في «الكفاية»[٥] لابن الرفعة هنا: «أن التقديم مستحب أو مستحق، فيه وجهان في «الحاوي»؛ أظهرهما: الأول. والذي نقله الإمام: الثاني»[٦].

وهذا وهم وانتقال من مسألة تقديم النفي أو الإثبات في اليمين إلى مسألة البدأة بالحالف، ولم أقف للإمام ؒ [٩/ب] على كلام في مسألتنا هذه، وإنما الرافعي[٧] بعد ذكره ما تقدم في مسألة البدأة بصفحة ذكر في صفة اليمين

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٧).

(٢) الوجيز (ص: ١٥٣).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٧٩).

(٤) كفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٢٩٣).

(٥) كرر قوله: «وقع في الكفاية» في المخطوطة، وهي زيادة بدون فائدة.

(٦) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٣).

(٧) فتح العزيز. ط العلمية (٤/ ٣٨٢).

الصيغة التي نقلها ابن الرفعة، فانتقل نص ابن الرفعة، والله أعلم من مكان إلى مكان.

التاسع: ما ذكرناه من تقديم البائع أو المشتري يجري في كل من حلَّ محلهما من مسلِّم ومسلَّم إليه، ومساقٍ ومُساقَى، ومقارِض ومقارَض ومؤجِر ومستأجِر، ومكاتِب ومكاتَب، وزوج وزوجة في صداق، أو عوض خلع وغير ذلك على ما صرح به الإمام[1]، وأجرى أصحابنا التحالف في الحوالة، وبدل العتق أيضًا.

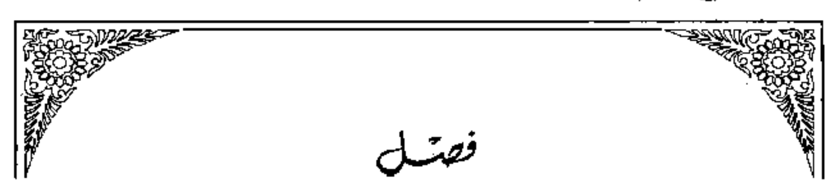
وقال أبو سعد الهروي[2]: إن قلنا: الحوالة استيفاء ينبغي أن يجعل القول قول المحتال مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الاستيفاء، وصورة الاختلاف في الحوالة أن يقول: أحلتني بديني وهو كذا، فيقول: ما أحلتك إلَّا بنصفه.



(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٦).

(٢) هو: محمد بن أبي أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي يوسف القاضي أبو سعد الهروي من أهل هراة، تلميذ أبي عاصم العبادي وشارح «أدب القضاء» قتل شهيدًا مع ابنه في جامع همدان، وكان قاضيًا فيها، توفي سنة: (٤٨٨ هـ = ١٠٩٥م). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥/ ٣٦٥)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٢٩١).

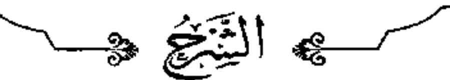
قال المصنف رحمه الله:



فصل

[اليمين على النفي والإثبات]

ويجب أن يجمع كل واحد منهما في اليمين بين النفي والإثبات؛ لأنه يدَّعي عقدًا وينكر عقدًا، فوجب أن[1] يحلف عليهما.



قال الشيخ أبو حامد: هذا لا خلاف فيه بين الأصحاب.

ودليله: ما ذكره المصنف، فإن كلًّا منهما مدع ومدعًا عليه، فيحتاج أن ينفي ما ادعى عليه ويثبت ما يدعيه، ولك أن تقول: المدعي لا يحلف على إثبات مَا يدعيه عند عدم الشاهد واللوث، إلَّا إذا نكل المدعي عليه، وها هنا إذا حلف كل منهما على نفي ما يدعى عليه لم يحصل[2] نكول، فكيف يتوجه اليمين على الإثبات، وما ادعاه الشيخ أبو حامد من عدم الخلاف بين الأصحاب يرد عليه ما إذا قلنا: بتعدد اليمين، ففيه وجهان سيأتي ذكرهما.

إما على قولنا بيمين واحدة فلا خلاف نعلمه، **والمقصود هنا**: الجمع بين النفي والإثبات من حيث الجملة.

---

(١) كرر هنا في المخطوطة: (أن). وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) كرر قوله: «لم يحصل» في المخطوطة، وهي زيادة بدون فائدة.

وإما أنه بيمين واحدة أو بيمينين، فسيأتي، وقد استدل بعضهم للجمع بين النفي والإثبات، فالقياس على ما لو كان بينهما عين فتداعياها قال: لأن النبي ﷺ حلف في العين لما تداعياها اثنان على النفي والإثبات.

قلت: وهذا الحديث، وقول المصنف؛ لأنه يدعي عقدًا يرد أن المدعي لا يحلف إلَّا إذا نكل المدعى عليه، ومع حلف كل منهما على النفي لا نكول، فكيف يتوجه يمين الإثبات وقياس الخصومات الاقتصار على يمين النفي من كل منهما، ولكني لم أر من قال بذلك، إلَّا الشيخ أبا محمد، فإنه يقول به إذا قلنا بيمينين كما سيأتي، ولم يقل به مطلقًا فيما أعلم، والقياس القول به مطلقًا من أصل المسألة، ولا دليل من الحديث يرده، وعند الانتهاء إلى قول الشيخ أبي محمد يعرف مغايرته لذلك، وأنه لم يقل بأن كلًّا منهما يحلف على النفي على قياس الخصومات، ولو وجدته له أو لغيره من الأصحاب وجهًا كنت أقول به للقياس، وعدم الدليل على خلافه، ثم إني تأملت، فوجدت يتلخص من قول الشيخ أبي محمد وجه بالاكتفاء بيميني النفي، وإن كان لم يوف بمقتضى ذلك كما سنقف عليه فلا [١/١٠] عليَّ حرج إذا وافقته في أصل قوله الذي هو على وفق القياس ثم وفيت بمقتضاه تبعًا للدليل، وقوله في الحديث: «**تحالفا**» إن ثبت أحمله على الحلف من الجانبين، وإطلاق التحالف على الجمع بين يمينين من كل جانب وتخصيصه به إنما هو من اصطلاح الفقهاء، فلا يجب حمل الحديث عليه، ولا يرد على هذا إلَّا شيء واحد، وهو قوله في الحديث: «**فَالْقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ**»، فإنه قد يقال: إن ذلك يقتضي حلفه على الإثبات والنفي؛ لأنه جعل القول قوله، أي: مع اليمين، فيحلف على ما قاله، والذي قاله البائع: إنه باع بكذا وما باع بكذا فيحلف على ذلك هذا الذي خطر لي في التمسك للحلف على الإثبات، فإن اتجه ذلك، وإلَّا فالقياس ما تقدم.

قال المصنف رحمه الله:

ويجب أن يُقدم النفي على الإثبات.

وقال أبو سعيد الإصطخري: يقدم الإثبات على النفي، كما قدمنا الإثبات على النفي في اللعان.

والمذهب الأول؛ لأن الأصل في اليمين أن يبدأ بالنفي، وهو يمين المدعى عليه، فوجب أن يبدأ ها هنا أيضًا بالنفي، ويخالف اللعان، فإنه لا أصل له في البدأة بالنفي.



المقصود بهذا - أيضًا - التقديم من حيث الجملة، وتقديم النفي نسبه الماوردي إلى ظاهر نصه(١)، والخلاف مع الإصطخري(٢) حاصل مطلقًا، سواء أقلنا: يحلف يمينًا واحدة يجمع فيها نفيًا وإثباتًا، أم قلنا: يحلف يمينين، هكذا صرح به الشيخ أبو حامد وغيره(٣).

وخالفهم الماوردي فقال: «إن ذلك إذا قلنا: يحلف كل واحد يمينًا واحدة، أما إذا قلنا: يحلف يمينين، قال: فلا خلاف بينهم أنه يبدأ في اليمين الأولى بالنفي، وفي الثانية بالإثبات»(٤)، وهو مقتضى إيراد

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠١).

(٢) نقله عنه الماوردي في الحاوي الكبير (٥/ ٣٠١)، والروياني في بحر المذهب (٥/ ١٢)، والغزالي في الوسيط (٣/ ٢١٠)، والعمراني في البيان (٥/ ٣٦٣)، والرافعي في فتح العزيز (٤/ ٣٨٣).

(٣) انظر: الوسيط (٣/ ٢١٠).

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠١) بمعناه.

للمتولي، والبغوي[(١)]، فإنهما تكلَّما في ذلك على قولنا باليمين الواحدة.

وأما الرافعي، فإنه في آخر كلامه في التفريع على اليمينين قال: «إن القول في تقديم النفي أو الإثبات كما في اليمين الواحدة»[(٢)]، وفي هذا موافقة لما قاله أبو حامد، غير أن الرافعي يختار أن ذلك على جهة الاستحباب، ومقتضاه أنه يجوز عنده في التفريع على اليمينين تقديم الإثبات، وفيه بعد، فإن تقديمه في اليمين الواحدة قد يحتمل؛ لأن النفي والإثبات فيها كالشيء الواحد، ولا كذلك في اليمينين.

وأما الشيخ أبو حامد، فلا يرد عليه ذلك؛ لأنه قد يختار أن ذلك على سبيل الوجوب، فلا يلزم جواز تقديم الإثبات إلَّا على رأي الإصطخري خاصة وهو يلزمه إذا عرف ذلك، فحجة الإصطخري القياس على اللعان؛ لأنه عند الشافعي يمين، ثم إن الله تعالى بدأ فيه بالإثبات، فقال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧﴾ [النور: ٦، ٧].

فقدم الإثبات للصدق على النفي للكذب، وقد أغرب سلامة في شرح هذا الوجه، ورأيت أيضًا أبا الحسن بن خيران في «اللطيف في صنعة اليمين» قدم الإثبات ورد الأصحاب ذلك بأن المنفي هو الأصل في اليمين، وإنما ينقل ⇑ [١٠/ب] إلى الإثبات بنكول أو شاهد أو لوث وليس ها هنا شيء من ذلك، فوجبت البدأة بالنفي، ويخالف اللعان؛ لأنه إثبات لا نفي فيه؛ لأنه لا فرق بين أن يقول: ﴿إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦]، وبين أن يقول: إنه ليس من الكاذبين، فإنه مثبت للصدق في الحالتين جميعًا، أي: على مذهب أهل

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٥).

(٢) فتح العزيز ط العلمية (٤/ ٣٨٣) بمعناه.

السنة في أنه لا واسطة بين الصدق والكذب.

وأما على من يجعل بينهما واسطة، فذلك بالنسبة إلى كافي الرهن، وليس هو المقصود باللعان، وإنما مقصود اللعان تخفيف الأمر الخارجي، والصدق وعد من الكذب بالنسبة إليه متلازمان.

وأما ها هنا ينفي دعوى عليه، ويثبت دعوى له، فكان أحدهما مخالفًا للآخر.

ونقل أبو سعد الهروي في «الإشراف» وجهًا ثالثًا عن أبي الحسين بن القطان[1]: أنه لا ترتيب بين النفي والإثيات إن يدأ أحدهما بالنفي، حلف الثاني على الإثيات؛ ليكون ضده، وإن بدأ بالإثبات، حلف الثاني على النفي، فيكون ضده.

قلت: وليس في هذا إسقاط الترتيب بالكلية.

ثم إن هذا الخلاف هل هو في الاستحقاق أو في الاستحباب؟!

كلام المصنف يقتضي الأول، وموافقة ما سيحلفه من كلام الإمام[2].

وقال صاحب «التتمة» و«التهذيب»[3]: لو قدم[4] الإثبات على النفي صحت يمينه، وهذا يقتضي أن تقديم النفي مستحب، وقال الرافعي: «إنه

---

(١) هو علي بن محمد بن عبد الملك الكتامي الحميري الفاسي، أبو الحسن بن القطان، من حفاظ الحديث، ونقدته، قرطبي الأصل، من أهل فاس، أقام زمنًا بمراكش، نال بخدمة السلطان دنيا عريضة، وامتحن سنة (٦٢١هـ) فخرج من مراكش، وعاد إليها، ثم ولي القضاء بسجلماسة، فاستمر الى أن توفي بها سنة: (٦٢٢هـ = ١٢٢٥م). انظر: الوافي بالوفيات (٢٢/ ٤٧)، الأعلام للزركلي (٤/ ٣٣١).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٦).

(٣) (٣/ ٥٠٦).

(٤) قوله: «صاحب «التتمة» و«التهذيب»: «لو قدم» في المخطوطة، مكرر وهي زيادة بدون فائدة.

الأظهر»[١]، وقال في «الروضة»: «إنه الأصح»[٢].

وقد قدمت أن مقتضى كلام الرافعي جريان ذلك بالقول في اليمينين ويثبت ما فيه.

وقال الإمام: «والذي رأيت طرق الأصحاب متفقة عليه، أن هذا الترتيب مستحق، ولو فرض قلب ذلك لم يعتد باليمين.

وحكى العراقيون عن الإصطخري: تقديم الإثبات، ورأى ذلك فيما نقل عنه حتمًا، وهذا متروك عليه، فإنه خالف الفقه الذي ذكرناه من استتباع النفي الإثبات، ثم علا طرفًا فرأى استحقاق تقديم الإثبات، ولو قال: لا يستحق ترتيب في المقصودين إذا كان يقضي بالنكول عند ترك أحدهما لكان هذا [مسلكًا][٣] في الاحتمال بعض الانسلاك»[٤]. انتهى.

وما قاله الإمام من كون الترتيب مستحقًا، أقرب إلى كلام الأصحاب، ولم يتكلم الإمام إلا في التفريع على اليمين الواحدة، فإن قلنا باليمينين، فذلك بطريق الأولى، والاحتمال الذي أبداه الإمام إن صح، وكان المراد به إسقاط الترتيب بالكلية حتى إن بدأ أحدهما بالإثبات جاز للآخر أن يبدأ به كان مخالفًا للوجه المنقول عن ابن القطان على ما تقدم، فيكون رابعًا، لكن لم أر من قال به.

ونقل الماوردي عن بعض البصريين وجهًا آخر: «أن البائع يحلف، فيقول: والله ما بعت هذا العبد إلَّا بألف، ويقول المشتري: والله ما اشتريته إلَّا بخمسمائه، قال: لأن هذا أسرع إلى فصل [١١/أ] القضاء.

وقد قيل في قوله تعالى: ﴿وَءَاتَيْنَـٰهُ ٱلْحِكْمَةَ وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: ٢٠]. أنه

---

(١) فتح العزيز ط العلمية (٤/ ٣٨٣).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٢).

(٣) كذا في المخطوطة، وفي نهاية المطلب: «منسكًا».

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٦).

سرعة القضاء(١).

قلت: وهو الذي أورده الصيمري شيخ الماوردي في «شرح الكفاية»، وهو بناء على أن الاستثناء من النفي إثبات، وهو مذهبنا ومذهب الجمهور، وحينئذ تكون هذه العبارة قد أدت معنى النفي والإثبات جميعًا بكلام واحد، وهو حسن، ويسلم معه من تمحيص(٢) الحلف على الإثبات بغير نكول، وقد حكيت فيما تقدم عن نصه في السَّلم قوله: «أُحلفَ البائع بالله مَا باعه بالمائة التي قبض منه إلَّا مائة صَاع»(٣).

وهذا يشهد لما قاله صاحب هذا الوجه، لكنه في نفيه النص المذكور قال: قيل للمشتري: «احلف ما ابتعتَ منه مائة صاع، ولقد كان بيعك مائتي صاع»(٤)، وإذا جمعنا بين الكلام جوَّزنا الأمرين أن يأتي بالنفي والإثبات صريحين، وتقدم النفي كما قاله الأصحاب، أو يأتي بهما على صيغة الحصر، كما قاله صاحب هذا الوجه، والظاهر أن صاحب هذا الوجه لا يمنع من الإثبات بهما صريحين، فهو حينئذ موافق للنص الذي حكينا عن السلم.

وأما الأصحاب؛ فيحتمل: أن يجوزوا صيغة الحصر، كما قلنا: إن النص يقتضيه وليس في كلامهم تصريح بذلك، ولا رده لكن الأقرب إلى الفهم من كلامهم أنهم لا يكتفون بذلك؛ ولعل ذلك لأن صيغة الحصر ليست صريحة في الإثبات، وفي إفادتها له كلام هل هو بالمنطوق أو بالمفهوم، ومثل ذلك لا يُكتفى به في اليمين، ويحمل النص على أن المراد

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٢).
(٢) الأم (٣/ ١٣٨).
(٣) الأم (٣/ ١٣٨).

الإثبات بما يؤدي هذا المعنى، وليس الغرض بيان الصيغة، وفيه نظر، وقد رأيت ابن داود قال في «شرح المختصر»: إنما إذا قلت باتحاد اليمين، فالجمع يحصل بقوله: ما بعت إلَّا بكذا، كما يحصل بقوله: ما بعت بكذا، ولقد بعت بكذا قاله صاحب «التقريب»، وهذا يدل على ما قلته من تشريع الأمرين.

وأما أن الأصحاب يوافقون على ذلك أو لا، ففيه نظر، وقد وقع من ابن الرفعة في «شرح الوسيط» وَهَم، «فحكى الوجه المذكور عن بعض البصريين، **وحكى معه وجهًا عن نقل الجُورِي وجعلهما وجهين:**

أحدهما: الإثبات بصيغة الحصر في البائع والمشتري.

والثاني: في البائع دون المشتري.

قال: ويشهد لهذا نصه في السلم»[1]، وذكر ما حكيناه عن الشافعي والجُوْرِي لم ينقل في هذا إلَّا كلام الشافعي بنصه، فإنه يحكي كلام الشافعي ثم يشرحه، فنظر ابن الرفعة ما نقله الجُورِي من نص الشافعي، فظن أنه من حكاية الجُورِي عن الأصحاب، وإنما هو النص الذي في السَّلم الذي استشهد به له، وإنما هو نص الشافعي وحمله على مَا ذكرناه أولًا، ولا فرق بين البائع والمشتري في صيغة اليمين.

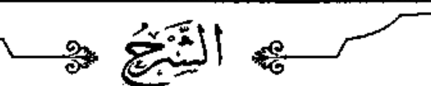


(١) المطلب العالي في شرح الوسيط للغزالي (ص: ١٩١). رسالة ماجستير من التحالف في البيع إلى السلم.

قال المصنف رحمه الله:

وهل يجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أم لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يجمع بينهما بيمين واحدة، وهو المنصوص في «الأم»؛ لأنه أقرب إلى فصل القضاء، فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف، ولقد باع بألفين، ويحلف المشتري أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف، فإن نكل المشتري قضي للبائع، وإن حلف فقد تحلفا.

والثاني: أنه يفرد النفي بيمين، والإثبات بيمين؛ لأنه [١١/ب] دعوى عقد وإنكار عقد، فافتقر إلى يمينين، ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة، حلفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري عن يمين النفي، وذلك لا يجوز، فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع[1] بألف، ثم يحلف المشتري أنه ما ابتاع بألفين، فإن نكل المشتري، حلف البائع أنه باع بألفين وقضي له، وإن حلف المشتري حلف البائع أنه بائع بألفين، ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف، فإن نكل قضي للبائع، وإن حلف فقد تحالفا.


الشرح

تقدم أنه لا خلاف بين الأصحاب في الجمع بين النفي والإثبات على غير طريقة الشيخ أبي محمد التي أخرتها، والكلام الآن: هل ذلك بيمين واحدة أو بيمينين؟ وفيه وجهان كما ذكر المصنف أصحهما بيمين واحدة، وهو المنسوب إلى النص لظاهر النصوص السالفة؛ ولقوله في «الأم»: إن حلف البائع قيل للمبتاع: أتأخذ بالثمن الذي حلف البائع عليه أو تحلف، فإن نكل ولم يحلف حكمنا عليه باليمين الذي حلف عليه البائع، فظاهر ذلك يقتضي

(١) قوله: «ما باع» في المخطوطة: «ماع». وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

أن البائع قد حلف على مَا يجب عليه؛ لأنه لو لم يحلف ما حكمنا على المبتاع أن يأخذ بالثمن الذي حلف عليه البائع. وسنذكر عن الإمام زيادة في تعليل هذا القول.

وقول المصنف: «فعلى هذا يحلف البائع»، أي: على المذهب في البدأة بالبائع، أنه لم يبع بألف؛ أي: على الأصح في تقديم النفي على الإثبات، وقد تقدم الكلام في أن ذلك على وجه الاستحقاق أو الاستحباب.

وقوله: «ولقد باع بألفين»، فوجد في كلام بعض الأصحاب، وإنما باع بألفين وكلامهما سواء.

والمقصود ما يؤدي هذا المعنى، وقد تقدم أن بعض الأصحاب اكتفى عن الصيغتين بقوله: «ما بعت إلَّا بألفين»، وفي «الكفاية» للحاجة في أنه ما باع بألف بل بألفين، وكأن الحاجة في قصد الاختصار، فأتى بهذه العبارة، وعندي أنها غير كافية؛ لأنها محتملة للمراد، ولأن يكون المعطوف نكل منفيًا أيضًا.

وقوله: «فإن نكل المشتري قضي للبائع»؛ أي: لأنه قد حلف اليمين الواجبة عليه بتمامها قبل ذلك، وقد تقدم ما فيه من الإشكال، وأنه كيف يصح يمينه على الإثبات قبل نكول المشتري، لكن الأصحاب اغتفروا ذلك، وجعلوا الإثبات هنا تابعًا للنفي، وأطلق المصنف نكول المشتري، فيدخل فيه نكوله عن النفي والإثبات، وعن أحدهما، وبذلك صرح الرافعي[1] أنه يقضي للحالف إذا نكل الثاني، سواء نكل عن النفي والإثبات جميعًا، أو عن أحدهما، والنكول عن[2] البعض كهو عن الكل، ونقل الإمام ذلك عن الأئمة، ثم قال: «وهذا في نهاية الإشكال، فإنا كنا نبعد القضاء بالإثبات

(١) فتح العزيز (٩/ ١٨٢).

(٢) كرر هنا في المخطوطة: (عن) وهي زيادة بدون فائدة.

قبل النكول، وهذا قضاء بالإثبات مع اليمين على النفي.

قال: وسبيل الجواب عنه أن صيغة اليمين على هذا القول التعرض للنفي والإثبات، واليمين تُعرض كذلك، فإذا لم يأتِ [١١/ب] المشتري باليمين المعروضة عليه لا نُحلِّفُه على النفي، وإنما يتحقق النكول عن يمينٍ تُعرض فيأباها المعروض عليه»[1].

قلت: وقوله: لا يحلفه على النفي؛ أي: لا يعتد بحلفه على النفي؛ لأن فرض المسألة فيما إذا حلف على النفي ونكل عن الثبوت.

والوجه الثاني: أنه يفرد النفي بيمين، والإثبات بيمين، وهو اختيار ابن سريج[2] على ما نقله الماوردي[3].

وقال القاضي أبو الطيب، عن القاضي أبي حامد في «جامعه»: هذا أقيس، والأول أقرب إلى فصل الحكم، واليمينان أصح عندي، القائل أصح عندي، أظنه أبا الطيب، ويحتمل أن يكون أبا حامد.

ونقله الشاشي [عن][4] ابن يونس، وابن الرفعة[5] عن أبي الطيب جزمًا، وصححه ابن أبي عصرون[6] أيضًا، والقول: بتعدد اليمين عند القائلين به مخرج من مسألة نص عليه الشافعي في الدعاوى؛ أنهما إذا تنازعا دارًا في

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٦).

(٢) هو: أحمد بن عمر بن سريج البغدادي، أبو العباس، فقيه الشافعية في عصره، مولده ووفاته في بغداد، له نحو ٤٠٠ مصنف، كان يلقب بالباز الأشهب، له مناظرات ومساجلات مع محمد بن داود الظاهري (ت: ٣٠٦هـ-٩١٨م). انظر: «سير أعلام النبلاء» (١١/ ١٢٣)، «طبقات الشافعية» للسبكي (٣/ ٢١).

(٣) الحاوي (٥/ ٣٠١).

(٤) مابين المعقوفتين زيادة لا بد منها.

(٥) نقله ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٢٩٥)، عن ابن يونس، عن القاضي أبي الطيب.

(٦) الانتصار (ص: ٣٢٤). رسالة دكتوراة من البيع إلى الشفعة.

أيديهما، فادعى كل واحد منهما أن جميعها له، فالنص أن كل واحد منهما يحلف على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر، فالحالف يحلف يمينًا أخرى الإثبات، وللأصحاب فيها طريقان أصحهما على ما ذكر الرافعي.

وقال صاحب «التهذيب»: إنها المذهب تقرير النصين، والفرق أن في مسألة الدار كل منهما يده على نصفها، فهو يبقي حق صاحبه فيما في يده، وتحقق أن ما في يد صاحبه له، فمنفيّ كل منهما ممتاز عن مثبته، فلا معنى ليمينه على الإثبات قبل نكول صاحبه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنهما اتفقا على الملك للمشتري، وإنما اختلفا في صفة العقد، فمنفيّ كل منهما في ضمن مثبته، وليس هنا سبب يثبت به يد أحدهما حتى لا يجوز لصاحبه أن يحلف قبل نكوله، فإذا جمع البائع بين النفي والإثبات لم يكن فيه تحليف المدعى عليه على ما في يد المدعى عليه قبل نكوله، فجاز الجمع، وأصحاب هذه الطريقة قاطعون بالاقتصار في التحالف على يمين واحدة، وهي مخالفة لما أورده المصنف من آخر الوجهين، وما ذكرناه من أن: القول بتعدد اليمين يخرج من مسألة الدار، هو الذي ذكره الأصحاب على طبقاتهم، ورأيت ابن داود في «شرح المختصر» في قول الشافعي: «وأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له»[1].

قال: هذا دليل أحد الوجهين، وهو أن المُبادئ منهما يحلف على نفي دعوى صاحبه حتى إذا نكل صاحبه حلف مرة أخرى على إثبات دعواه.

وقال: إن صاحب الوجه الآخر يقول: صورة المسألة أن البادئ نكل؛ فلهذا قال: يحلف صاحبه، وهذا الكلام من ابن داود لا منافاة فيه؛ لكون صاحب ذلك الوجه خرجه من مسألة الدار، لكن يجب النظر في كلام

(١) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

المختصر، وقد تأملته فوجدته لا دلالة فيه لذلك؛ لأن معناه: إن[1] نكل عن اليمين، وحلف صاحبه حُكِم للحالف، وذلك يصح سواء أكانت اليمين واحدة، ونكل عنها الأول، فإنه يحلف الثاني ويقضى له، أم كانت [١٢/ب] اليمين متعددة، بل دلالته على اتحاد اليمين أولى من جهة: أنه إذا كانت اليمين متعددة ونكل أحدهما وحلف صاحبه على يمين النفي فقط، لا يقضى له حتى يحلف يمين الإثبات، وكلام الشافعي يقتضي أنه يحكم للحالف إذا نكل صاحبه مطلقًا، فمتى عددنا اليمين احتجنا إلى إخراج هذه الصورة من كلام الشافعي، ومتى حكمنا باتحادها لم يحتج إلى تأويل فكان أولى، فلا جرم قطعوا بأنه ليس في نص الشافعي إلَّا يمين واحدة.

والطريقة الثانية: وهي التي جرى المصنف عليها تخريج قول من مسألة الدار إلى مسألة المتبايعين ووجه الجري على قياس الخصومات، فإن يمين الإثبات لا يبدأ بها في غير القسامة، وانقسم أصحاب هذه الطريقة، ففريق يقولون: إنه لا خلاف في مسألة الدار في تعدد اليمين، وليس هذا مما ينقل فيه الجواب من كل جانب إلى الجانب الآخر حتى يفرض جريان القولين في الجانبين؛ نقلًا وتخريجًا، وإنما التخريج [من مسألة الدار][2] إلى مسألة المتبايعين فقط، ولا ينعكس كذلك.

قال الشيخ أبو حامد، والمحاملي[3]، والإمام[4] في هذا الباب: قال

---

(١) في المخطوطة: «إنهما»: ولعل الصواب ما أثبتناه. (٢) مكرر في المخطوطة.

(٣) هو: أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم الضبي، أبو الحسن ابن المحاملي، بغدادي المولد والوفاة، درس الفقه على الشيخ أبي حامد الإسفراييني وكان غاية في الذكاء والفهم وبرع في المذهب الشافعي، له تصانيف، منها: «تحرير الأدلة»، «المجموع»، «لباب الفقه»، «المقنع» (ت: ٤١٥هـ-١٠٢٤م). انظر: «الأعلام» للزركلي (١/ ٢١١)، «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة (١/ ١٧٤).

(٤) نهاية المطلب (١٩/ ١٠٠).

الرافعي: «وهو الحق؛ لأن كل واحد منهما - يعني: من المتنازعين في الدار - لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات، واليمين على الإثبات يمين الرد، فكيف يحلف الأول يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد، وكيف يحلف الثاني وقد حلف صاحبه»[(١)]، وذهب كثيرون على ما حكاه الرافعي إلى إثبات الخلاف في مسألة الدار أيضًا، وأثبتوا في كل من المسألتين قولين بالنقل والتخريج، وحكاه الإمام[(٢)]، والغزالي، والرافعي[(٣)] في كتاب الدعوى والبينات، وممن جرى على هذه الطريقة في هذا الباب المتولي، وزعم ابن أبي الدم أن الإمام حكى الخلاف فيها في هذا الباب، ولم أره فيه، **وقد تحَرَّز أن في مسألة المتبايعين طريقين: أحدهما**: القطع بيمين واحدة.

والثانية: إجراء وجهين، وهي أوردها المصنف، وممن حكى الطريقين الجرجاني وغيره، واعلم أن حكاية الطريق بالتخريج من مسألة الدار إلى المتبايعين توهم أن القول المخرج هو الاقتصار على يمين النفي في المتبايعين، وأن كلًّا منهما إذا حلف على النفي كفى كما مثله في مسألة الدار، لكن ليس المراد ذلك، بل المراد أنه على القول المخرج يحلف كل من المتبايعين في أول الأمر على النفي خاصة، ثم بعد ذلك هل يحلف على الإثبات أو لا؟! فيه ما سيأتي عن الشيخ أبي محمد وغيره؛ ولهذا قال الإمام في كتاب الدعاوى: إن النص في مسألة الدار أنه يحلف أولًا على النفي[(٤)].

وقال الغزالي في «البسيط»: يحلف ابتداء على النفي، فقولهما: أولًا، وابتداء إشعار بذلك، وبما يدلك على ذلك أن الشيخ أبا حامد يقول كما تقدم عنه أنه لا خلاف أن المتبايعين يجمعان بين النفي والإثبات، وهو مع

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٨١).
(٢)، (٣) نهاية المطلب (١٩/ ١٠٠).
(٤) نفس المصدر (١٩/ ١٠١).

ذلك حكى الطريقين في المتبايعين ومسألة الدار، وقال هو والماوردي: «أن النص في مسألة الدار أنه يحلف يمينين»[١]، وأرادا بذلك [١٣/أ]أنه إذا نكل الثاني يحلف الأول يمين الإثبات يعني: فلا يقضي لواحد منهما بالدار كلها حتى يحلف يمينين، أما إذا حلفا على النفي في الدار انفصلت الخصومة واستقرت يد كل واحد كما كانت، وها هنا يفترق الحال بين الدار والمتبايعين، فإن في المتبايعين وجهين يأتيان في أن الخصومة هل تنفصل بذلك أو لا؟

وقول: المصنف: لأنه دعوى عقد وإنكار، عقد قد تقدم ما فيه من استشكال الحلف على الدعوى بغير نكول.

وقوله: ولأنا إذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الإثبات قبل نكول المشتري، وذلك لا يجوز.

قلنا: وكذلك حلفه على الإثبات بعد حلف المشتري على النفي إذا قلنا بيمينين، فإنه لم يحصل نكول من المشتري.

والحاصل: أن كلام الوجهين مشكل، والحلف على الإثبات بغير نكول لازم عليهما، ولكن القول باليمينين أخف إشكالًا، والقول المنصوص معلل بأن البيع في حكم الخصلة الواحدة، وهو اللائق بمصلحة هذا العقد كما سبق، «فلو فصلنا النفي عن الإثبات، وأقمنا خصومتين لما انتظمت حكمة الشريعة في التسوية بين المتعاقدين، ولما أفضى الأمر إلى الفسخ أو الانفساخ.

ولكنا نقول: القول قول المشتري في نفي المزيد الذي مدعًى عليه في الثمن، والقول قول البائع في أنه لا يجب عليه تسليم المبيع، أو كنا نؤاخذ

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٢). بمعناه.

بمطلق إقراره للمشتري بالملك في المبيع، ونراه مدعيًا عليه في الجهة التي نذكرها، فإذا وضع الباب على الاستواء حتى كأنهما يتنازعان نفيًا واحدًا، وإثباتًا واحدًا، ولكن لما اشتملت الخصومة على النفي والإثبات اشتملت اليمين الواحدة عليهما»[1]، هكذا وجهه الإمام وكلامه وكلام غيره موافق على أن تعدد اليمين أقرب إلى القياس، فإنا في البدأة بالمدعي في القسامة حائدون عن القياس للضرورة، ولا ضرورة ها هنا إذا الجمع بيمينين ممكن على ترتيب الخصومات.

وأجاب القائل في كلامه على «المهذب» عن حلفه بغير نكول بعد حلف المشتري أيضًا، بأن المشتري: إذا حلف على النفي، فقد تحالفا وبقي الإثبات، فدعت الحاجة إلى شرع التحالف فيه؛ لأجل أنه لا بينة هناك، فلذلك حلفناه بخلاف ما إذا لم يحلف بنكل المشتري على النفي، فإنه يجوز أن يقر إذا عرضت اليمين عليه، فلا فائدة في تحليفه فيوقفنا على نكوله وتحليفه.

وقول المصنف «فعلى هذا...» إلى آخره؛ أي: قلنا: بيمينين فيحلف البائع؛ أي: تعريفًا على المذهب في البدأة أنه ما باع بألف؛ أي: تقديمًا للنفي، إما بلا خلاف على ما اقتضاه كلام الماوردي[2] وغيره، وإما على الخلاف بيننا وبين الإصطخري على ما اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد.

قال الرافعي وغيره: «فلو أضاف إليه الإثبات كان لغوًا»[3]؛ أي: لأنه ليس في محله، والجزم بذلك مستمر على طريقته، وطريقة الماوردي، أما إذا قلنا بما اقتضاه كلام الشيخ أبي حامد وجريان خلاف [١٣/ب] الإصطخري، فلا بل يكون على رأي الإصطخري، وعلى رأي غيره يعود الخلاف في أن ذلك

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٥).

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠٢).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٨٢). وانظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٠).

على سبيل الاستحقاق أو الاستحباب يوافق على ما قاله أبو حامد.

وقوله: ثم يحلف المشتري مراعاة الترتيب على المذهب، كما تقدم.

وقوله: أنه ما ابتاع بألفين مراعاة لتقديم النفي أيضًا. وقوله: «فإن نكل المشتري حلف البائع؛ أنه ما باع بألفين وقضي له» لا يحتاج إلى بيان، وحلف البائع هنا على الإثبات لا إشكال فيه؛ لأنه بعد نكول المشتري؛ فهو على قياس الخصومات.

والمراد بالنكول هنا: النكول عن النفي فقط؛ لأنه الذي الكلام فيه على هذا الوجه، وليس كما تقدم في الوجه الأول، وقد انتهت الخصومة نهايتها.

وقوله: وإن حلف المشتري؛ أي: على النفي بعد حلف البائع على النفي حلف البائع؛ أي: بعد ذلك أنه باع بألفين. هذا فيه الإشكال المتقدم؛ لأنه حلف على الإثبات بغير نكول.

واعلم أن هذا الكلام من المصنف يقتضي أنه لا يكتفي بيمين النفي منهما، وهكذا يقتضيه كلام الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والماوردي(١)، وابن الصباغ(٢)، وغيرهم(٣)، **وحكى الرافعي في ذلك تفريعًا على هذا القول المخرج وجهين:**

«**أحدهما:** هذا، وأن يمين الإثبات تعرض عليهما، فإن حلفا تم

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٢).

(٢) هو: أبو نصر عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد بن أحمد بن جعفر، المعروف بابن الصباغ، فقيه شافعي؛ كان فقيه العراقين في وقته، وكان يضاهي الشيخ أبا إسحاق الشيرازي، وتقدم عليه في معرفة المذهب، من مصنفاته كتاب «الشامل» في الفقه، و«تذكرة العالم والطريق السالم»، و«العدة» في أصول الفقه، توفي سنة: (٤٧٧ هـ = ١٠٨٤م). انظر: وفيات الأعيان (٣/ ٢١٧)، «طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٤/ ١٨٨).

(٣) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٠).

التحالف، وإن نكل أحدهما قضي للحالف.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو محمد، وصححه الإمام، والبغوي، والغزالي والرافعي أنه يكفي ذلك، فلا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحوج إلى الفسخ جهالة الثمن»[(١)].

وقد حصلت ورد الأمر إلى القياس حيث فَرَّعنا على اليمينين، وقال الإمام: «إنه لا يرد على طريقة شيخه إلَّا شيء واحد، وهو أنه إذا نكل الأول حلف الثاني»[(٢)]، وكنت أحب أن يقول: يقتصر هذا الثاني على الإثبات، فإن الخصومة إذا انتهت إلى رد اليمين إلى المدعي لا يرد على إثبات دعواه، ولكن كان شيخنا يقول بجمع يمين واحدة بين النفي والإثبات.

قلت: وللشيخ أبي محمد أن يقول: أن ذلك في المدعي المحض، وهذا مع كونه مدعيًا مدعًى عليه، ونكول الأول عن اليمين الواجبة عليه لم يسقط دعواه، فيحتاج صاحبه إلى الحلف على نفيها مع حلفه على الإثبات الذي هو في مقام يمين الرد، لكن يرد على الشيخ أبي محمد أنه [لم لا][(٣)] قال بالاكتفاء بيمين النفي من الجانبين من أصل المسألة، وإن اكتفينا بيمين واحدة، فإن جهالة اليمين حاصلة، وكأن يكون جريًا على القياس مطلقًا، فلم وافق الأصحاب على المذهب دون القول المخرج.

قال الإمام: «وأما أصحاب الطريقة الأخرى - يعني المخالفة لطريقة شيخه - فإنهم بنوا ما رتبوه على أن النفي والإثبات لا بد منهما، وزعموا أنّا. وإن قلنا: بتردد اليمين، فلسنا نعدد الخصومة، ولكن نقول التنازع في قضية واحدة مشتملة على النفي والإثبات، فاليمين متعددة والخصومة متحدة، وقالوا: على حسب ذلك إذا حلفنا على النفي، ثم عرضنا يمين

---

(١) هكذا في المخطوطة.
(٢) فتح العزيز (٩/ ١٨٣-١٨٤) بتصريف يسير.
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٩).

الإثبات [١٤/أ] على البادئ، فعرضناها على الثاني فنكل؛ فنكوله عن يمين الإثبات آخرًا رجوع منه عن اليمين على النفي أولًا، فإن الخصومة متحدة فيقع القضاء للتحالف على الإثبات بعد بطلان يمين الثاني في النفي والإثبات. وسيأتي كلامهم أن تعدد اليمين كاتحاد اليمين على القول الأول، وأن النكول عن أحدهما نكول عن الآخر»[(١)]، ثم رأى الإمام أن هذا تكلف، ورجح طريقة شيخه، ولعلك تقول: كيف يستقيم أن تجعل قول الشيخ أبي محمد بالاكتفاء بيميني النفي؛ تفريعًا على تعدد اليمين، وأن كلًّا منهما يحلف بيمينين على النفي والإثبات، وهذا تناقض، فينبغي أن يقال من أصل المسألة: هل يكتفي بيميني النفي؟! وجهان؛ فإن قلنا: لا يكتفي بها، فهل يُجمع بين النفي والإثبات بيمين واحدة أو بيمينين وجهان.

فالجواب: أن هذا الترتيب أحسن لو سلم، ولكن الشيخ أبا محمد لما قال: إن البائع إذا نكل حلف المشتري على النفي والإثبات معًا علمنا أنه لم يقطع النظر عن الإثبات [...][(٢)]، فلذلك سلك الإمام والرافعي هذا الترتيب وتبعتهما عليه.

وقول المصنف: «ثم يحلف المشتري أنه ابتاع بألف». فيه الإشكال المذكور؛ لأنه حلف على الإثبات بغير نكول.

وقوله: «فإن نكل قضي للبائع». **فيه إشكال من وجهين**:

أحدهما: الإشكال المتقدم في عرض اليمين عليه، وهو مقتضى الإشكال في اعتبار نكوله، فإن النكول إنما يعتبر عن يمين صحيحة لازمة.

والثاني: أن القضاء لا يمكن استناده إلى النكول على مذهبنا، فإما أن يكون مستندًا إلى اليمين المتقدمة عليه والنكول شرط فيها، ففيه مع تقدم

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٠).

(٢) هنا بياض قدر كلمة.

اليمين عن النكول تأخر الشرط عن المشروط، وإما أن يكون مستندًا إليها وإلى النكول معًا، وفيه نظر: استشكله الإمام[1] أيضًا بأن يمين الإثبات معارضة بيمين النفي، فالقضاء بها مشكل، وقد تقدم نظر هذا الإشكال في اليمين الواحدة، وجوابه هناك.

وقوله: وإن حلف فقد تحالفا غني عن البيان.

فروع على القول بتعدد اليمين لو نكل البائع عن الإثبات بعد نكول المشتري عن النفي لم يقض له؛ لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه وكذبه فيما يدعيه.

ثم قال الشيخ أبو محمد: ويكون كما لو تحالفا؛ لأن نكوله المردود عليه عن يمين الرد نازل في الدعاوى منزلة حلف الناكل أولًا، وهذا بناه على أصله المتقدم في أن الحلف على النفي منهما يكفي، فمعنى قوله: ويكون كما لو تحالفا؛ أي: على النفي، أما رأي الأصحاب في أن الحلف منهما على النفي لا يكفي، فيكون ذلك لغوًا، ولو نكل البائع عن يمين النفي أو لا؛ حلف المشتري على النفي والإثبات، وقضي له هكذا أطلقوه، ولم يتثبتوا هل يكفيه قسم واحد عليهما، أو يحتاج إلى يمينين، والظاهر الأول.

وفائدته: أنه إذا كان كاذبًا يلزمه كفارة واحدة، وإذا كرر لفظ اليمين يلزمه كفارتان، وما[2] قلناه بعينه في البائع هو في المشتري إذا بدأنا بيمينه على القول الآخر، ويصير البائع في التقاسم المذكورة كالمشتري.

ولو قال ﷺ [١٤/ب] الرافعي هنا، والقول في أنه تقدم يمين النفي والإثبات، كما ذكرنا على تقدير الاكتفاء بيمين واحدة؛ يعني: أنه يجري فيه الخلاف مع الإصطخري.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٩). (٢) في المخطوطة: «كلما» ولعل الصواب ما أثبتناه.

والخلاف في أن ذلك على سبيل الاستحباب أو الاستحقاق، وقد قدم أن الظاهر عنده الاستحباب، فمقتضاه جريان ذلك هنا، وقد قدمت ما في ذلك[١]


فرع لا تعلق له بواحد من القولين لو عرضت اليمين عليهما، فنكلا جميعًا.

قال الإمام: «لم يتعرض أئمة المذهب في مصنفاتهم إلى التنصيص على هذا، **والقول في ذلك بين احتمالين؛ أحدهما**: أن تناكلهما كتحالفهما، كما لو تداعى رجلان مولودًا أريناه القائف، كما إذا تناكرا.

والثاني: أنه يوقف الأمر، وكأنهما تركا الخصومة.

قال: ورأيت ذلك في بعض تصانيف المتقدمين»[٢].

وقد أقام الرافعي هذين الاحتمالين وجهين، فقال: «فيه وجهان للإمام»[٣]، وسبقه الغزالي إلى ذلك في «الوسيط»[٤]. وقال في «البسيط»: إن الظاهر الأول يعني: أن له حكم التحالف.

وقال النووي في «الروضة»: «أن الأصح اختيار التوقف»[٥].

قلت: وقد نص الماوردي في «الحاوي»: «على أنهما إذا نكلا معًا تركهما، ولم يحكم بقول واحد، وقطع الخصومة بينهما»[٦]، وهو موافق

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٧٤).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥١). بمعناه.

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٨٤).

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٢).

(٥) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣).

(٦) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٢).

ما صححه النووي.

وقد رأيت المسألة منصوصًا عليها في «الأم» في أبواب الكتابة قال: «وإن نكل السيد والعبد كان عبدًا، لا يكون مكاتبًا حتى ينكل السيد ويحلف العبد مع نكول سيده»[1].

قلت: لكن قوله: كان عبدًا، يحتمل أن يكون؛ لأنه ينزل نكولهما منزلة تحالفهما فتنفسخ الكتابة ويصير عبدًا.

ويحتمل أن يكون؛ لأنه لم يحصل ما يقتضي الحكم ولا دلالة فيه على أحد الاحتمالين، لكن الأقرب الأول، وأنه ذاك الاحتمال الأول القائل بأن نكولهما كحلفهما؛ لأنه لو جعله موجبًا للتوقف لم يحكم بصيرورته عبدًا بل كان يبقي العقد على ما كان عليه من الكتابة لاتفاقهما عليها، ولا يتعرض لها، كما يبقى المبيع في يد المشتري، فحيث صرح الشافعي بصيرورته عبدًا دل على أنه فسخ الكتابة، وهو الاحتمال الأول الذي رجع في «البسيط».

فرع لا شك في أن من قال باليمينين لا يجوز الاكتفاء بيمين واحدة، ويدلك على ذلك قولهم: أنه لو أضاف إليه الإثبات كان لغوًا، وأما على المذهب: فلو عدل عن اليمين الواحدة وحلف يمينين هل يصح لم يُصَرِّحا بذلك، لكن في عبارة الإمام[2] والرافعي[3] أنه على المذهب يكتفي بيمين واحدة، ولفظ الاكتفاء يشعر بعدم تحتُّمه، وأنه لو أتى باليمينين جاز وكان هو الأصل، وكذلك في عبارة المحاملي، فإنه قال: هل يجوز أن

(١) الأم (٨/ ٥٦).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٤٩).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٧٩).

يحلف يمينًا واحدة أو يحتاج [...][(١)] يمينين.

فقوله: «يجوز» يدل على عدم التحتم، وهذا هو الظاهر، ألا ترى أنهم عللوا ذلك بأنه أقرب إلى فصل القضاء وسلوك الطريق الأبعد في فصل القضاء غير قادح في صحة اليمين، وفي عبارة الماوردي ما يشعر بخلاف ذلك، فإنه علل بأنه: «يقصد بيمينه تصديق قوله: على عقد واحد، [١٥/أ] ⇑فاحتاج إلى يمين واحدة»[(٢)].

وقال الغزالي في «البسيط» في اتحاد[(٣)] اليمين أنه المنصوص عليه على جزم، والظاهر أن الغزالي لم يرد بذلك التحتم، وإنما أراد عدم التردد فيه، وتبيننا مما قلناه أنه يجوز أن يحلف بيمينين.

ومما قاله الشيخ أبو محمد وصححه الرافعي[(٤)] وغيره تفريعًا على تعدد اليمين من الاكتفاء باليمينين على النفي أن ذلك عند الرافعي مطلقًا، وإن قلنا باليمين الواحد لما قدمناه من تجويز اليمينين حينئذٍ لا يكون الجمع بين النفي والإثبات واجبًا.

وقد تقدم عن الشيخ أبي حامد أنه لا خلاف في وجوبه، فانظر هذا الذي قاله الشيخ أبو محمد، والذي تضمنه هذا الفرع، وما لزم منهما بيميني النفي، ولعمري أنه أقرب إلى القياس، ولكنه مخالف للمعروف في المذهب، وكنا احتملنا تصحيح الرافعي وغيره؛ لما قاله الشيخ أبو محمد؛ تفريعًا عى القول الضعيف.

وأما على المذهب، فلا تنقاد النفس إليه، وقد علمت كيف آل الأمر إليه، إلَّا أن تكون اليمين الواحدة متحتمة، فحينئذٍ لا مساغ له على المذهب، ويسلم ما صححه الرافعي عن هذا الإشكال.

---

(١) بياض قدر كلمة.
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٠١).
(٣) في المخطوطة: «التحاد».
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٧٩).



«لا خلاف أنه لا يقضى لأحدهما ما لم يحلف على النفي والإثبات جميعًا»، قاله البغوي(١).

فرع ينبغي للحاكم إذا حَلَّف أحدهما لا تعرض اليمين على الآخر، إلَّا بعد أن يُعرض المبيع عليه بما حلف عليه صاحبه، فإن رضي بقبوله لم يحلفه، وإن لم يرض أحلفه.

وإذا قلنا: «يحلف بيمينين فأحلف البائع، أحلف المشتري بعده من غير عرض، فإذا حلف البائع اليمين الثانية حينئذٍ عرض المبيع على المشتري قبل يمينه الثانية»(٢). قاله الماوردي.

وفي كلام الشافعي ما يدل عليه، وهو مأخوذ من الحديث؛ من قوله: «**أحلف البائع ثم المبتاع بالخيار**»، ويشبه أن يكون العرض المذكور على جهة الاستحباب، فإن كثيرًا من الأصحاب لن يتعرضوا له، بل كلامهم يقتضي عرض اليمين، فالأشبه أن ذلك على جهة الاستحباب، والمعنى يدل عليه(٣).

وضابط العرض: أن يكون بعد يمين الإثبات؛ إذ أنها تتم الحلف ولا يبقى إلَّا حلف الثاني، أو رضاه بما حلف عليه الأول.

فرع في حصر الأوجه في كيفية التحالف: هل يكتفي بيمين من كل واحد، أو لا بد من يمينين؟! وجهان؛ وعلى الأول: هل يشترط

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٦).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٢). بتصريف يسير.

(٣) نقله الرملي في نهاية المحتاج (٤/ ١٦٢): عن السبكي وقال: إنه تبع في ذلك المحاملي. وانظر: أسنى المطالب (٢/ ١١٩)، حاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٢١٣).

التصريح بالنفي والإثبات، أو يكفي صيغة الحصر، **وجهان؛ وعلى الأول**: هل يراعى الترتيب بينهما أو لا؟ وجهان؛ **وعلى الأول**: هل يقدَّم النفي أو الإثبات، وجهان؛ **وعلى كلا الوجهين**: هل هو استحقاق أو استحباب، وجهان؛ ولا خلاف أن النفي المحض لا يكفي على هذا القول، **وعلى الثاني** القائل باليمينين هل يكتفي بيميني النفي، وجهان؛ إن لم يكتف، فهل يقدم النفي أو الإثبات، أو لا يُراعى الترتيب فيه ما سبق.

فتلخص من هذا أوجه؛ أحدها: الاكتفاء بصيغة الحصر، وهذا إنما يأتي على القول باتحاد اليمين.

والثاني: الاكتفاء بيميني النفي، وهذا إنما يأتي على قول تعدد اليمين، أو على ما ذكرته من السير حيث بين [١٥/ب] طريقة الشيخ أبي محمد، وتجويز اليمينين في الفرع الذي قيل قبل هذا.

والثالث: عدم مراعاة الترتيب على [ما][(١)] قاله ابن القطان، وهذا على القولين، فينتظم منه وجهان، فهذه أربعة أوجه.

والخامس: الإتيان بصريح النفي والإثبات مرتبين بيمين واحدة على الصحيح.

وقيل: بيمينين، وعلى الوجه يبدأ بالنفي والإثبات استحقاقًا أو استحبابًا وجهان ويحصل من[. . .][(٢)] ثمانية أوجه، فيجتمع اثنا عشر وجهًا بشرط أن يكون ابن القطان قائلًا بذلك على القولين، ويشترط[. . .][(٣)] الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق على كل من الوجوه، وإن ضم إليها الاحتمالين الذي ذكرته عن الإمام وذكرت أنه معارض لقول ابن القطان، وقيل بطرده على القولين جاءت أربعة عشر، وأصولها خمسة: أصحها: الاكتفاء بيمين

---

(١) زيادة في المخطوطة لا بد منها.

(٢)، (٣) هنا بياض قدر كلمة.

واحدة تقدم فيها النفي.

وقد قدمت ما يقتضي أنه لا يكتفي بصيغة الحصر؛ لأنه ليس صريحًا، بل بعضهم يقول: أن دلالته على الإثبات بالمفهوم لا بالمنطوق، ومثل ذلك عليّ يكتفي به في الأيمان.

وثانيهما: الاكتفاء بصيغة الحصر[١].

ورابعها: تعدد اليمين مع الجمع بين النفي والإثبات وتقديم النفي.

وخامسها: عدم مراعاة الترتيب على ما ذكره ابن القطان.

فائدة:

نقل ابن الرفعة في «الكفاية»[٢] قول الاكتفاء بيميني النفي وجعله المخرج من مسألة الدار، والقول الذي يجمع بين النفي والإثبات بيمينين وجعلهما وجهين، ثم عند تصنيفه «شرح الوسيط» كتب على حاشية «الكفاية»: أن الوجه الثاني هو الأول المخرج من مسألة الدار، وأنت إذا وقفت على ما كتبناه علمت أنه ليس هو الأول، ولا الأول مخرجًا من مسألة الدار، بل الثاني هو المخرج، والأول وجه الشيخ أبي محمد مفرع عليه، ثم بعد نقل الوجهين فيما إذا حلفا على النفي، وقال: أصحهما، وبه قال الشيخ أبو محمد: إنه يكفى[٣]؛ فأوهم في إطلاق هذا الكلام، وهو أخذه من الرافعي[٤]، لكن الرافعي ذكره تفريعًا على تعدد اليمين. وابن الرفعة أطلقه، فوهم.

ثم قال: وهذا يظهر أنه عنى القول المخرج إلا أن يقال: أنه لا ينفسخ

---

(١) لم يكتب الثالث.

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٤).

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٧-٢٩٨).

(٤) فتح العزيز (٩/ ١٨٣).

على ذلك القول، وهذا الذي قاله استمرار على الوهم والصواب ما تقدم.

فرع قال صاحب «التتمة»[1] في مسألة الدار: إذا قلنا: يجمع بين النفي والإثبات، فأيهما حلف ونكل الآخر قضينا بجملة الدار للحالف، أما إذا قلنا: يحلف على مجرد النفي فيبتدئ أحدهما بالدعوى، ويحلف المنكر على النفي، فإن حلف سلّم له النصف الذي في يده، ثم يدعي الحالف النصف الآخر، فإن حلف بقيت الدار بينهما، وإن نكل ترد الدار على الذي حلف، ويحلف على الإثبات، ويستحق جميع الدار، وأما إن نكل الأول ترد اليمين على المدعي، ويحلف على الإثبات، ويُقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه، ثم يدعي الناكل الذي في يده، فإن حلف سُلّمت له جملة الدار، وإن نكل ترد اليمين على المدعي فيحلف، وتجعل الدار بينهما نصفين.

قلت: وهذا يقتضي تعدد [١٦/أ] الخصومة، والأصحاب، وإن خرجوا من مسألة الدار إلى مسألة البيع تعدد اليمين، فكلام الإمام[2] يقتضي أنهم لم يقولوا بذلك في تعدد الخصومة، بل هي خصومة واحدة، ولذلك صح الفرق بين المسألتين كما تقدم.

فرع **قال الجُورِي: إذا بدأ بالبائع فحلف، ثم نكل المشتري، ففي إعادة اليمين على البائع قولان:**

أحدهما: يعاد عليه؛ لأنه مدعى عليه، فإذا أحلفناه على ما ادعى عليه، ثم نكل صاحبه أعيدت اليمين عليه.

---

(١) صاحب التتمة: أبو سعد المتولي، عبد الرحمن بن مأمون، ت: (٤٧٨ هـ).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٠).

والقول الثاني: لا يعاد عليه، ويقع الاستحقاق بنفس النكول؛ لأنه إذا حلف فإنما يختلف على ما يدعيه.

فإذا نكل صاحبه؛ عُلِم صدق قوله؛ قلت: إن كان مراده إذا حلف اليمين الجامعة بين النفي والإثبات على المذهب، فالقول بإعادتها إذا نكل المشتري غريب.

والمعروف أنه إذا نكل المشتري والحالة هذه قُضِيَ للبائع، كما ذكره المصنف، وهذا الاحتمال هو المفهوم من كلام الجُورِي، وإن كان المراد يمين النفي فقط؛ تفريعًا على القول المخرج، فالقول بعدم تحليف البائع بعد نكول المشتري غريب أيضًا، والمعروف أنه لا بد من حلفه على الإثبات، لكن ذلك لا يُسَمَّى إعادة؛ لأنها ليست اليمين الأولى، ويبعد الحمل على هذا قول الجُورِي؛ لأنه إذا حلف، فإنما يحلف على ما يدعيه، فدل على أنه حلف على الإثبات.

ويحتمل: أن يكون المراد أنه إذا حلف على النفي والإثبات معًا، فعلى قول الاكتفاء بها لا يحتاج بعد نكول المشتري إلى يمين أخرى، وعلى القول المخرج يحتاج إلى إعادة اليمين على الإثبات.

ونكول مراد الجُورِي بالقولين هذا وحينئذ هما القولان في تعدد اليمين واتحادها، ولا يكون خارجًا عما قاله الأصحاب، لكنْ فيه تكلف.

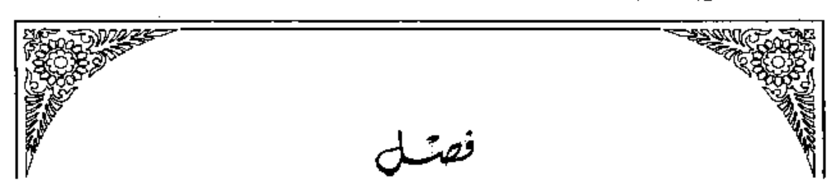
وفيه أيضًا: أنَّا إذا قلنا باليمين الواحدة الجامعة بين النفي والإثبات لا يكتفي باليمينين، وهو خلاف ما قدمت أنه الظاهر من كلامهم غير الماوردي[1].



---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠١، ٣٠٢).

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[فسخ العقد بعد التحالف]

وإذا تحالفا وجب فسخ البيع؛ لأنه لا يمكن [إمضاء][1] العقد مع التحالف، وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا؟! فيه وجهان: أحدهما: أنه ينفسخ بنفس التحالف، كما ينفسخ النكاح في اللعان بنفس التحالف، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولًا، والبيع لا يثبت مع جهالة العوض، فوجب أن ينفسخ.

والثاني: أنه لا ينفسخ إلَّا بالفسخ بعد التحالف، وهو المنصوص؛ لأن العقد في الباطن صحيح؛ لأنه وقع على ثمن معلوم، فلا ينفسخ بتحالفهما، ولأن البينة أقوى من اليمين، ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع؛ فلأن [لا ينفسخ][2] باليمين أولى، وفي الذي يفسخه وجهان: أحدهما: أنه يفسخه الحاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فافتقر إلى الحاكم، كفسخ النكاح بالعيب.

والثاني: [يفسخ][3] بالمتعاقدين؛ لأنه فسخ لاستدراك الظلامة، فصح من [المتعاقدين][4] كالرد بالعيب.



الشرح

---

(١) في المخطوطة: «أيضًا» والمثبت من المطبوع من المهذب.

(٢) قوله: «لا ينفسخ» في المخطوطة: الفسخ. وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٣) في المطبوع من المهذب: «أنه ينفسخ». (٤) في المطبوع من المهذب: «المتبايعين».

[١٦/ب] **قوله:** وجب فسخ؛ أي: الحكم بانفساخه، إما بنفس التحالف أو بإنشاء الفسخ على ما سيأتي من الوجهين، وإنما احتجنا أن يحمله [على ذلك عليّ][١] حتى يستقيم حكاية الوجهين بعده.

والدليل على وجوب ذلك: ما ذكره المصنف، وما سنذكره من علة الانفساخ ومن ألفاظ الحديث، ولذلك لم يختلف هنا في ذلك، وقد تقدم في مسألة اختلاط الثمار وجه بأنه لا فسخ ولا انفساخ، بل يفصل الخصومة بينهما بطريقها، ومثل ذلك لا يأتي ها هنا؛ لأن فصل الخصومة هنا بعد التحالف متعذر، ولما سيأتي من التعليل والحديث.

واعلم أنا إذا قلنا: لا ينفسخ العقد إلّا بالفسخ، فالحكم بالوجوب، إما أن يراد به الوجوب على الحاكم أو عليهما إن كان الأول، وقد طلبا ذلك أو لم يطلباه، ولكن داما على التنازع، فإنه صحيح، ويجب عليه حينئذ الفسخ نص الأصحاب عليه.

وإن أعرضا عن الخصومة واتفقا على شيء، فلا فسخ للحاكم، وحينئذ يتعذر الحكم بالوجوب عليه، أو يكون مشروطًا بعدم تراضيهما؛ لأنه إنما وجب بحقهما.

وإن أعرضا ولم يتفقا على شيء ولا فسخا، قال الإمام: «ففيه تردد»[٢]، فإن قلنا: لا يفسخ، والحالة هذه كان كالحالة الأولى في أن سقوطه؛ لعدم مطالبة المستحق.

وإن قلنا: يفسخ استمر القول بالوجوب، وأما [إذا إن بدأ][٣] الوجوب عليهما فيبعد؛ لأنهما يجوز لهما الاتفاق وعدم الفسخ بلا نزاع، وغاية الأمر أن يقال: يجب عليهما إما التراضي وإما الفسخ، فالفسخ بعينه ليس

---

(١) كذا في المخطوطة.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٥).

(٣) كذا في المخطوطة.

بواجب، فقد بان لك ما في إطلاق المصنف لفظ الوجوب، ويجوز ألَّا يكون أراد به الوجوب الذي يأثم بتركه، بل ينوب المسوغ للفسخ.

وإما أنه ينفسخ بنفس التحالف أم لا، ففي تعليق أبي علي الطبري عن ابن أبي هريرة: أن ذلك على قولين، ويقرب منه إيراد الجُورِي، فإن كلامه يُشْعِرُ بأنه فهم أن للشافعي قولين، والأكثرون حكوا ذلك وجهين، كما فعل المصنف، والأول: القائل بالانفساخ بنفس التحالف، نقل أبو سعد الهروي أنه قول المزني في «المنثور»، وأن الشافعي أشار إليه، وقال صاحب «التتمة»: إن المزني أشار إليه في «مختصره» حيث قال: «فيصيران في معنى مَنْ لم يتبايعا»[١].

قلت: والمزني قال ذلك في معرض التفسير لكلام الشافعي، وقد يتمسك بالإشارة إليه أيضًا بقول الشافعي الذي حكيناه عن الدَّعاوى، فإن حلفا معًا فالسلعة مردودة، وهذا المعنى في كلام الشافعي في مواضع، ويمكن تأويله على أنها جائزة الرد بالفسخ.

وذكر الإمام عن بعض الأصحاب أنه مُخَرَّج، وقال: «إنه منسوب إلى أبي بكر الفارسي»[٢]، وهكذا في «الروضة»[٣]، والذي في الرافعي[٤]، أما إذا قلنا بالانفساخ بنفس التحالف، فهل ينفسخ في الحال أو يتبين ارتفاعه من أصله؟! فيه وجهان: أظهرهما: أولهما، **ويحكى الثاني عن أبي بكر الفارسي، فيتلخص من ذلك ثلاثة أوجه**:

أحدها: أنه بنفس التحالف ينفسخ العقد من أصله وهو [١/١٧] قول أبي بكر

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣).

(٤) فتح العزيز (٩/ ١٨٧).

الفارسي، وهكذا هو في «النهاية»[١] عنه.

والثاني: أنه من حينه، ومقتضى إيراد الرافعي[٢] أن غير الفارسي قائل به، والإمام في «النهاية»[٣] ذكره احتمالًا في التفريع على قول الفارسي، وأنه على بعده أمثل من استناد الانفساخ إلى الأصل.

والثالث: أنه لا ينفسخ، بل ينفسخ، وهو المنصوص عليه[٤]، واعلم أن التردد في أن الفسخ هل من حينه أو من أصله؟! لا اختصاص له بهذا الموضع، وإنما ذكرته ليتبين غير الفارسي قائل بالانفساخ.

وقد نقل الهروي عن الشافعي أنه قال[٥]: إذا قال: بعت هذا منك بألف، فأنكر المشتري وحلف عليه، يقول القاضي للمشتري: قل: قد فسخت البيع، ويقول للبائع: قل: قد قبلت الفسخ، فإن لم يفعل، فإن [ذهب][٦] ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود، والحلف كان مذهبًا، ثم قال الهروي: إن قوله: فإن ذهب ذاهب إلى آخره لنسبة قول من يقول: أن البيع ينفسخ بنفس التحالف، ويمكن أن يخرج في مسألة التحالف وجه من هذا النص: أن بعد التحالف إذا أبيا الرضا بأحد الثمنين ينفسخ العقد، ولا يقف على فسخ من جهتهما، ولا من جهة القاضي.

قلت: وهذا التخريج صحيح إن كان قول الشافعي: إن ذهب ذاهب إلى كذا كان مذهبًا قولًا للشافعي. والأصحاب كثيرًا ما يعتمدون ذلك. إذا عرف ذلك، **فقد استدل للانفساخ بنفس التحالف بثلاثة أدلة:**

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٨٧).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).

(٤) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

(٥) التهذيب (٣/ ٥٠٦).

(٦) ساقطة من المخطوطة. والمثبت من «كفاية النبيه» (٩/ ٣٠٨).

أحدها: قوله في الحديث: «**وترادًّا**» ولولا الانفساخ لما وجب الترادُّ.

الثاني: القياس على اللعان كما ذكر المصنف؛ لأنه عند الشافعي يمين.

الثالث: أن كلًّا منهما يثبت بيمينه ثمنًا، فإذا حلفا وتعارضا صار الثمن مجهولًا، وهذان ذكرهما المصنف، وبعضهم يعبر عن هذا الدليل الثالث بأنه إذا صدقنا كلًّا منهما بيمينه صار كأن البايع باع بألفين، والمشتري اشترى بألف عند الاختلاف بين الإيجاب والقبول لا يصح العقد، فإذا أفضى الأمر إلى هذا وتأكد بالأيمان، قدرنا صيغة العقد كانت على الاختلاف.

والجواب: عن الأول على تقدير صحته أن المراد: ترادًّا بالفسخ؛ جمعًا بين الأحاديث؛ لأن في بعضها إثبات الخيار، وعن الثاني: أن الانفساخ يقع بلعان الزوج، ولا يقع بيمين أحد المتبايعين، فلا يصح اعتبار أحدهما بالآخر، وإنما وقع بلعان الزوج؛ لأن يمينه قائمة مقام طلاقه، بخلاف ما نحن فيه.

وعن الثالث: أن ذلك باطل بما إذا حصل ذلك بالبينة من كل منهما، وإذ والصحيح المنصوص أنه لا ينفسخ إلَّا بالفسخ.

قال الشافعي في «المختصر»: «فإذا حلفا معًا قيل للمشتري: أنت بالخيار»[1]، وهذا نص.

وقال القاضي أبو حامد فيما حكاه القاضي أبو الطيب[2]: إن هذا هو المنصوص للشافعي في كتبه الجديدة والقديمة لا أعرف له غير هذا؛ لأنه قال: إذا تحالفا فللبائع أن يأخذ بما حلف المشتري عليه، وللمشتري أن

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

(٢) حكى هذا القول ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٢٩٨) عن أبي حامد وقال إنه الصحيح.

ياخذ بما حلف البائع عليه.

وقد أطبق الأصحاب على تصحيح هذا القول، إلَّا سلامة ؒ [١٧/ب] المقدسي شارح «المفتاح»، فإنه صحح الانفساخ بنفس التحالف، وكذلك يقتضيه كلام أبي الحسن بن خيران في «اللطيف».

واستدلوا له بحديث ذكروه، أن النبي ﷺ قال: **«إذا اختلف المتبايعان تحالفا وللمبتاع الخيار»**، ولا أعرف هذا الحديث، وإنما في الحديث إثبات الخيار للمشتري بعد حلف البائع، والتحالف لا يُعرف له ذكر في طرق الحديث، فأولى الاستدلال بالمعنى لكلٍّ من الوجهين كما فعل المصنف.

ومما استدل به لهذا القول من جهة المعنى: ما ذكره المصنف من القياس على البينة من طريق الأولى، ولأنَّ البيع وقع صحيحًا باتفاقهما، فلا ينفسخ إلَّا بالفسخ كسائر البيوع.

وقد ينقض هذه بمسألة اختلاط الثمار ونحوها حيث قلنا بالانفساخ على قول، وكذلك في العبد إذا أبق، ولا جرم ظنَّ ابن الرفعة[١] أن ذلك يجوز أن يكون مأخذ القائل بالانفساخ لا ما ذكر من الاستدلال له، وفيما قال نظر؛ لأن ذلك محله إذا كان قبل تمام القبض، والتحالف ها هنا قد يكون بعد القبض التام، والخلاف جارٍ فيه، وبالجملة؛ فالقول بالانفساخ بنفس التحالف مع علمنا بوقوع البيع الصحيح، وبقاء المبيع على صفته لا وجه له.

وقد أشار المصنف إلى هذا المعنى بقوله: لأن العقد في الباطن صحيح؛ لأنه وقع على ثمن معلوم، وفي ضمن ذلك رد لقول الأول أنه صار الثمن مجهولًا.

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٨).

التفريع:

إن قلنا: ينفسخ بنفس التحالف فتصادقا بعده، لم يعد البيع، بل لا بد من تجديد عقد، هكذا أطلقه الخراسانيون والرافعي[١]، ومن العراقيين الشيخ أبو حامد، وجزموا به، وسيأتي عن العراقين إجراء الخلاف في أن الانفساخ بنفس التحالف هل ينقد باطنًا أو لا[٢]؟

ويأتي عن المحاملي أن في الفسخ إذا قلنا: لا ينقد باطنًا أن لهما أن يتقارًّا على العقد، ومن مجموع هذين يأتي هنا خلاف في أنهما تصادقا، هل يحتاج إلى تجديد عقدٍ أو لا؟ ثم على المشهور هل ينفسخ في الحال أو تبين ارتفاعه من أصله؟! فيه وجهان؛ أصحهما الأول؛ لنفوذ تصرفات المشتري قبل الاختلاف، هكذا قالوه، وهو يقتضي أن نفوذ تصرفات المشتري متفق عليه.

وكذلك قال الإمام: «إنه لا خلاف أن المشتري لو كان تصرف تصرفًا مزيلًا للملك، ثم فرض الاختلاف من بعدُ، فلا يتبيَّن فساد العقد وارتفاعه»[٣]، وقال أيضًا: «إنه لا خلاف أن الزوائد التي حدثت بعد العقد وقبل التخالف مقررةٌ على المشتري»[٤].

لكن الإمام قال عقب ذلك: «إن الشيخ أبا علي ذكر في تفريع مذهب الفارسي: أنا نتبين فساد التصرفات التي جَرت قبل التحالف، قال: وهذا وفاء بحق التبين والاستناد، ومَصيرٌ إلى أنَّا نجعل كأنَّ العقد لم يَجْرِ، وهذا يتضمن ارتدادَ الزوائد إلى البائع لا محالة. هكذا ذكر الشيخ أبو علي»[٥].

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٨٧).
(٢) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٨٣).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).
(٥) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢). بتصريف يسير.

ثم استبعد الإمام ذلك، وقد قدمت بعض هذا التفريع عند تحرير مذهب الفارسي، وأنه قائل بارتفاعه من أصله وذلك [١٧/ب] النقل عنه مستفاد من كلام الشيخ أبي علي، هذا وحينئذ لا يصح الاستدلال عليه بنفوذ تصرفات المشتري؛ إذ لا يسلم ذلك، لكن يستدل لذلك بالدليل الدال على أن الفسوخ كلها لا دفع العقود من أصلها، بل من حينها.

وقد صرح صاحب «التتمة» بإثبات الخلاف في الزوائد الحاصلة بعد العقد، أما من العين كالولد، والنتاج، والثمرة، والبيض، واللبن، أولًا من العين؛ كالكسب والغلة، وقال: إن قلنا: نتبين أن لا عقد، فيجب رد الجميع على البائع، وإذا قلنا: يفسخ بعد التحالف، فالزوائد كلها للمشتري وجزم بنفوذ التصرفات.

وإن قلنا: يرتفع العقد من أصله قال: لأنا نجعل كأن العقد لم يكن بين المتعاقدين بيمينهما؛ لأن يمينهما حجة عليهما.

فأما فيما يتصل بحقٍّ ثالث، فلا يجعل ليمينهما حكم، وصار كرجل اشترى عبدًا وباعه من آخر، ثم إن المشتري الأول مع البائع الأول اتفقا على أن العقد حين الأصل يحكم بارتفاع العقد بينهما من الأصل حتى يجب على البائع رد الثمن على المشتري، وعلى المشتري ردِّ ما في يده من اكتسابه على البائع، ولكن لا يقبل قوله في حق المشتري الثاني حتى لا ينتزع العبد من يده، وهذا الذي قاله فيه نظر إذا قلنا بالانفساخ ظاهرًا وباطنًا، بخلاف الإقرار الذي هو حجة في الظاهر فُقد، ومن جملة التصرفات التي يمضيها الإجازة ولا النكاح والأجرة كالمهر ملك للمشتري.

قلت: أما عدم إبطال عقد الإجارة الماضي فظاهر، وأما الحكم ببقاء الإجارة، فسيأتي أنه كمن أجر داره ثم باعها. والله أعلم.

وإذا قلنا: أنه لا بد من إنشاء الفسخ، فمَن الذي يفسخه؟! **فيه وجهان**؛

أحدهما: وهو اختيار القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، والقاضي حسين، وصاحب «التتمة» والروياني في «الحلية» وابن أبي عصرون، وهو الذي أورده الغزالي في «الخلاصة»: أنه لا بد من الحاكم لفسخ النكاح بالعيب، هكذا قاسه المصنف وقاسه القاضي حسين والرافعي[١] وغيرهما على العُنَّة وقاسه الماوردي عليهما معًا، وقاسه الشيخ أبو حامد على العُنَّة والإعسار بالنفقة[٢].

وهذه المسائل الثلاث مختلف فيها أيضًا، ففسخ النكاح بالعيب فيه وجهان:

أحدهما: لا بد من الرفع إلى الحاكم، وهو اختيار الشيخ أبي حامد وابن الصباغ، ومال إليه الرافعي[٣].

والثاني: ينفرد به الزوجان، وهو جواب الإمام، ورجحه مرجحون، وهذا الخلاف في استقلال الزوجين قبل المرافعة، وأما العُنَّة فلا بدَّ من الرفع إلى القاضي، فإذا رفعت إلى القاضي وجاء وقت الفسخ هل تستقل المرأة بالفسخ؟! فيه وجهان أقر بهما، وذكر في «التتمة» أنه المذهب: الاستقلال.

والثاني: أن الفسخ إلى القاضي فيفسخ بنفسه أو بأمرها بالفسخ، ويشبه أن يكون هذا الخلاف بعينه جاريًا في عيب النكاح بعد المرافعة. [١٨/أ]

وأما الإعسار بالنفقة فقيل: إنها تستقل به لخيار الرد بالعيب، والصحيح أنه لا بد من الرفع إلى القاضي.

ثم فيه وجهان؛ أصحهما: أن القاضي يفسخ بنفسه أو يأذن لها في الفسخ.

والثاني: أنها تستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده، هذا ما حكاه

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٨٨).

(٢) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٣٥٣)، شرح مشكل الوسيط (٣/ ٤٧٤)، فتاوى ابن الصلاح (١/ ٢٨٢).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٨٨).

الرافعي في المسائل الثلاث[١].

وقد ظهر لك منه أن في العيب والعنة الأرجح عنده الاستقلال، وفي الإعسار الأرجح أنه لا بد من القاضي، ودلك يقدح في قياس الرافعي هنا على العُنَّة، ولا يتم القياس المذكور إلَّا من عند من يرى أنه لا يتعاطى الفسخ بالعنة وعيب النكاح إلَّا القاضي، وهو خلاف ما قال صاحب «التتمة» أنه المذهب، وسكت الرافعي عليه بعد حكايته.

وقال الإمام: «قال بعض أئمتنا: القاضي هو الذي يفسخ النكاح عند تحقق العُنَّة وجهًا واحدًا، والزوجة تتعاطي الفسخ بالإعسار بالنفقة، قال: ولستُ أرى بين العُنَّة والإعسار فرقًا، فإن الأمرين جميعًا متعلقان بالاجتهاد، فليخرَّج الأمر فيهما على التردد الذي ذكرناه في التحالف»[٢].

والوجه الثاني: أن للمتعاقدين أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به كالرد بالعيب؛ لأن النقص دخل على كل منهما، فهما كمتبايعين وجد كل منهما بما حصل له عينًا.

وقال الغزالي[٣] تبعًا للإمام[٤]: إنه الأقيس وقاسه على فسخ البائع بإفلاس المشتري، وصححه الغزالي في «البسيط» والجرجاني، وقال الرافعي: «أنه الأظهر»[٥]، ورده ابن الصباغ بأنا لا نعلم أيهما يستدرك ظلامته؛ لأن أحدهما ظالم، وإنما يفسخه الحاكم؛ لتعذر إمضائه في الحكم.

قلت: وهذا أحسن، وتصحيح الفسخ إذا صدر من الظالم وحده بعيد، ثم

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٨٩).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٣).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٣).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٣).
(٥) فتح العزيز (٩/ ١٨٩).

إن كلام الرافعي يقتضي أن حقيقة هذا الوجه أن لكل منهما أن يفسخ مع أن للحاكم أن يفسخ أيضًا، فيكون الفسخ ثابتًا لكلٍّ من الثلاثة، وعلى هذا يكون للحاكم الفسخ بلا خلاف، وإنما الخلاف في ثبوته للمتعاقدين.

فعلى الوجه الأول: لا يثبت، وعلى الأصح: يثبت لهما أيضًا، ورأيت أكثر الكتب ساكتة عن ذلك، وفي قياسهم على الرد بالعيب ما يمنع منه.

ألا ترى إلى قول الماوردي: «أيهما فسخ صح اعتبارًا بفسخ العيوب الذي يكون موقوفًا على المتعاقدين دون غيرهما»[1]، **وألا ترى إلى قول الشيخ أبي حامد بعد حكاية الخلاف أنه حصل ثلاثة أوجه**:

أحدها: أن الفسخ يقع بنفس التحالف.

والثاني: بالتحالف وفسخ الحاكم.

والثالث: بالتحالف وفسخ أحدهما.

وكذلك عبر الشيخ أبو[2] حامد ممن تبعه، ولم يذكروا الحاكم على هذا الوجه، ورأيت في «الإشراف» لأبي سعد الهروي ما يقتضي المنع منه، فإنه قال تفريعًا على أنهما يفسخان، أن معناه: أن القاضي يقول لهما: إما أن ترضيا بأحد الثمنين، وإما أن أحملكما على الفسخ بالإجبار. نظيره المُولي إذا امتنع عن الفيئة أجبره القاضي على الطلاق بالحبس.

قلت: فهذا الكلام يدل [١٩/أ] على أن القاضي لا يتولى الفسخ بنفسه على هذا القول، وإلَّا لما احتاج إلى الإجبار، لكنه لما نظره بالمُولي اقتضى ذلك أنهما إذا امتنعا من الفسخ، وداما على التنازع للقاضي أن يفسخ؛ لأجل امتناعهما كما يطلق على المُولي إذا امتنع، ولا يكون له من الأول أن يفسخ، كما يفهمه كلام الرافعي[3] حتى لو فسخ قبل امتناعهما لم ينفذ،

---

(١) في المخطوطة: «أبي». والمثبت هو الصواب. (٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٣).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٩٠).

فتحرر أنه على هذا القول الفسخ حق لهما، لا يتعاطاه الحاكم إلا بامتناعهما، فحينئذ يتعاطاه كما في المُولي على الأصح أو يجبرهما عليه على قول، كنظره في «الإملاء»، وعلى الوجه الأول يتعاطاه الحاكم أو مَنْ يفوضه إليه، وليس لهما أن يتعاطياه بغير إذنه، فهذا أقرب إلى القياس، وإما أنَّا نفوض الأمر إلى خبرة[١] الحاكم والمتبايعين من أراد منهم فسخ العقد فليس عهد بذلك، ولا ينحى في هذا قول الرافعي[٢]: أن الحاكم إنما يفسخ إذا استمر على النزاع؛ لأنه لا يلزم من ذلك امتناعهما بعد طلبه.

فرع إذا قلنا بإنشاء الفسخ، فهل يرتفع العقد من حين الفسخ أو من أصله، والقياس أن يأتي فيه الخلاف كالرد بالعيب، فإن الخلاف فيه بعد القبض وقبله، وحينئذ يأتي من الكلام في الزوائد، ويتبع التصرفات بالقبض ما قدمناه في التفريع على الانفساخ بنفس التحالف، وإن كان الأصحاب لم يصرحوا بذلك هنا.

وقد كنا قدمنا في باب الرد بالعيب أنا لا نعلم خلافًا في عدم رد الزوائد إذا كان الرد بعد القبض، والذي حكيناه هنا عن الإمام[٣] في تفريع الشيخ أبي عليٍّ على قول الفارسي.

وعن صاحب «التتمة» على قول الانفساخ يقتضي قوله: رد الزوائد، فإما أن يحمل ذلك على ما إذا جرى التحالف قبل القبض، وإما أن يلحق الخلاف هناك، ولا يتجه فرق بين الفسخ والانفساخ إن قيل بارتفاع العقد من أصله فيهما، فإنه يلزم منه رد الزوائد، وإن لم يصرحوا به.



حيث قلنا: للحاكم الفسخ، فذلك إذا التمسا الفسخ، او استمرَّا على النزاع، فإن القاضي لا يمكِّنهما من ذلك، بل يفسخ إما

(١) في المخطوطة: «حيزة». (٢) فتح العزيز (٩/ ١٨٨). (٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).

استبدادًا على الوجه الثاني القائل بأن الفسخ للحاكم، وإما بعد أمرهما وامتناعهما على الوجه الثالث القائل بأن الفسخ للمتبايعين، فإن الحاكم إذا أمرهما وامتنعا فسخ خلافًا لإطلاق الرافعي المقتضى؛ لأن الحاكم يفسخ عند استمرارهما على المنازعة من غير عرض الفسخ عليهما وامتناعهما منه.

والحاصل: أنا إذا قلنا: الفسخ للمتبايعين، فلا حق للحاكم فيه إلَّا إذا امتنعا منه، فيقوم عنهما كما في سائر الحقوق الواجبة، قال أبو سعد الهروي: وغلط من قال من أصحابنا: إن الفسخ من القاضي يقف على طلب المتبايعين أو أحدهما؛ لأن القاضي لا يتركهما يتماديان في الخصومة، بل يقول لهما: إما أن ترضيا بأحد الثمنين، وأما إن أفسخ بينكما، كالفسق بالشقاق بين الزوجين، وكمسألة المُولي لنا أما إذا أعرضا عن الخصومة، ولم يتوافقا على شيء، ولكن زعم المشتري أنه ترك المبيع في يد البائع إن كان قبل القبض، وقال البائع: لست أطالب المشتري بالمزيد الذي ادعيته فاتركنا، ولا يفسخ العقد [١٩/ب] بيننا، ففيه تردد الإمام[١]، والذي قاله الماوردي: «أنه لا يجوز للحاكم الفسخ إلا عن مسألتهما بعد عرض ذلك على كلٍّ منهما، كما يعرضه على الثاني بعد يمين الأول»[٢].

قلت: ومن ذلك يتبين أن الحاكم لا يبتدر الفسخ بعد التحالف، وكذلك يقتضي كلام كثير من الأصحاب إذا فوضنا الفسخ إليهما إن ذلك مشروطًا بامتناعهما، فحينئذ يجوز لكل منهما، ولا للحاكم أن يبتدر الفسخ حتى يتحقق عدم الرضا منهما، فلو رضي أحدهما لم يجز الفسخ، ولا خلاف في ذلك، وإنما نبهت على ذلك؛ لأن عبارة بعض المختصرات توهم استقلال

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٢).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٣). بتصرف يسير.

كل منهم بالفسخ، وذلك محمول على ما قلناه، وممن[١] صرح باشتراط ذلك صاحب «التهذيب»؛ إذ قال: «ولكل واحد منهما انفراده إذا لم يوافقه صاحبه»[٢]، وكلام الرافعي[٣] وغيره أيضًا يقتضي ذلك، وإنما الذي تقدم التوقف فيه من كلام الرافعي إيهامه أن فسخ الحاكم يكون عند استمرارهما عند المنازعة من غير طلبهما للفسخ ولا امتناعهما منه، وينبغي أن يحمل كلامه على حالة الامتناع، وإن كانت عبارة «المنهاج»[٤] و«الحاوي»[٥] بعيدة عن هذا التأويل.

تنبيه:

تقدم من كلام ابن الصباغ ورده القول بأن لكل من المتبايعين الفسخ بأنا لا ندري المظلوم منهما، وهذا الكلام يقتضي أنه إن صدر الفسخ منهما جميعًا صح دون ما إذا صدر من أحدهما، وذلك يأتي منه وجه رابع غير الثلاثة المتقدمة لا يعرف أحدًا قال به إلَّا ما سنذكره في الانفساخ باطنًا، وقول الإمام[٦] إنه إن صدر من المحق نفذ باطنًا وإلَّا فلَا، والأصحاب ها هنا في تفويض الفسخ إلى المتبايعين وجهوه بأن البائع لم يسلم له الثمن والمشتري لم يسلم له السلعة، فهما كمتبايعين وجد كل منهما عيبًا، وهذا الكلام من الأصحاب إن صح وجب أن يقال مثله في الانفساخ باطنًا سواء أصدر من المحق أم من غيره، وإلَّا يأتي التفصيل الذي سنحكيه عن الإمام،

---

(١) كتب هنا في المخطوطة: «اشترط» ثم ضرب عليها.
(٢) التهذيب (٣/ ٥٠٨).
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٨٨).
(٤) المنهاج (ص: ١٠٨).
(٥) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٣).
(٦) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٣).

والأقرب عدم صحته؛ لأنا نقطع بأن الظالم منهما لم يثبت عليه شيء، ولو صدق وصل إلى حقه، فتشبيهه بمن وجد عيبًا ممتنع، فيجب أن يفوض إليه الفسخ باطنًا ولا ظاهرًا؛ لعدم تحقق موجبه، وأن ياتي وجه رابع كما اقتضاه كلام ابن الصباغ أنه لا ينفسخ إلَّا بفسخهما جميعًا؛ ليعرف فسخ المحق منهما أو فسخ الحاكم، ولم أر أحدًا ذكر هذا الوجه، ويجب القول به، ويبعد كل البعد أن يكون البائع بظلمه وجحده الحق مع تمكنه من الوصول إلى الثمن الذي وقع به العقد يتسلط على الفسخ، وقد رأيت الشاشي رَحِمَهُ اللهُ في «الحلية» نقل الخلاف في أن الفسخ للحاكم أو للمتبايعين، ثم قال: وحكى الشيخ أبو حامد وجهًا آخر أن لكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه.

قلت: وهذا الكلام يقتضي إثبات الوجه الرابع الذي أشرت إليه، وأنه فهم من قولهم الفسخ للمتبايعين اجتماعهما على الفسخ ومغايرته لما حكاه الشيخ أبو حامد، وهو إن كان متجهًا في المعنى لكني متوقف في إثباته نقلًا، فإن الشاشي رَحِمَهُ اللهُ أخذ ذلك من ابن [٢٠/أ] الصباغ، وابن الصباغ حكى القول بأن الفسخ للحاكم لم يقل ما حكاه الشيخ أبو حامد، ولم ينقل غير ذلك، والشيخ أبو حامد حكى ذلك في «تعليقته» كذلك، وغيره من الأصحاب؛ منهم من يطلق أن الفسخ للمتبايعين.

ومنهم من يبين أن المراد لكل منهما كما بينه الشيخ أبو [حامد][1]، ولم أر أحدًا جمع بينهما، كما فعله الشاشي.

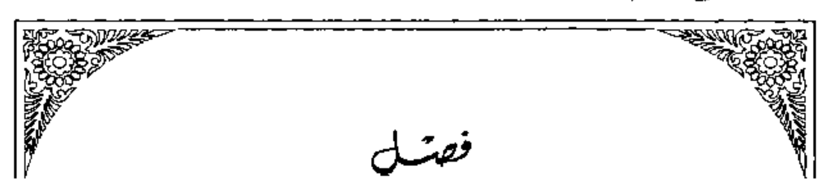
فيحتمل: أن تكون العبارتان راجعتين إلى معنى واحد، كما ذكرناه ولا يكونان وجهين، كما ظنه الشاشي.

ويحتمل: أن يكونا وجهين متغايرين كما ظنه، وهو متجه في المعنى بعيد في الحكاية.

(١) ما بين المعقوفين ساقط من المخطوطة، وأثبتناه من سياق الكلام.



قال المصنف رحمه الله:



فصل

[الفسخ ظاهرًا أو باطنًا]

وإذا فسخ أو انفسخ، فهل ينفسخ ظاهرًا وباطنًا أم لا؟

فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينفسخ ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه فسخ بالتحالف، فوقع ظاهرًا وباطنًا كفسخ النكاح باللعان، ولأنه فسخ بيع؛ لاستدراك الظُّلامة، فصح ظاهرًا وباطنًا، كالرد بالعيب.

والثاني: أنه ينفسخ في الظاهر دون الباطن؛ لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن، والثمن معلوم في الباطن مجهول في الظاهر، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن.

والثالث: [أنه][(١)] إن كان البائع هو الظالم وقع الفسخ في الظاهر دون الباطن؛ لأنه يمكنه أن يصدق المشتري، ويأخذ منه الثمن ويسلم إليه المبيع؛ فإذا لم يفعل كان ممتنعًا من تسليم المبيع بظلم، فلم ينفسخ البيع، وإن كان البائع مظلومًا، انفسخ ظاهرًا وباطنًا؛ لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ووجد عين ماله، فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله، كما لو أفلس [المشتري][(٢)]، ووجد البائع عين ماله.

---

(١) أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) أثبتناه من المطبوع من المهذب.

فإن قلنا: إن الفسخ يقع في الظاهر والباطن، عاد المبيع إلى ملك البائع، وإلى تصرفه.

وإن قلنا: أن الفسخ في الظاهر دون الباطن نظرتَ: فإن كان البائع هو الظالم، لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه، بل يلزمه [أن يأخذ][(١)] ما أقرّ به المشتري من الثمن، ويسلم المبيع إليه، وإن كان مظلومًا، لم يجز له التصرف في المبيع بالوطء والهبة؛ لأنه على ملك المشتري، ولكن يستحق البائع الثمن في ذمة المشتري، ولا يقدر على أخذه منه، فيبيع من المبيع بقدر حقه، كما نقول فيمن له على رجل دين، ولا يقدر على أخذه منه، ووجد شيئًا من مالِه.



الأوجه الثلاثة في حالة الفسخ مشهورة في الطرق، وأما في حالة الانفساخ إذا قلنا به بنفس التحالف، فكذلك على ما قاله المصنف، والشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، والماوردي[(٢)]، والمحاملي، وابن الصباغ، وصاحب «التتمة» وغيرهم[(٣)].

وجزم طائفة بالانفساخ ظاهرًا وباطنًا منهم القاضي حسين، والفوراني، والإمام[(٤)]، ولأجل ذلك قال الرافعي: «إنهم اختلفوا في جريان الخلاف»[(٥)]، وسمى النووي في «الروضة»[(٦)] اختلافهم في ذلك

---

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المطبوع من المهذب. وهو ساقط من المخطوطة.

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٣).

(٣) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ١٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٣٦٥)، أسنى المطالب (٢/ ١١٩).

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٤).

(٥) فتح العزيز (٩/ ٢٢٨).

(٦) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٨٤).

وجهين، والأصح طريقة إجراء الخلاف؛ لأن الأكثرين عليها، ولأن مدارك الخلاف موجودة في الحالتين.

وأما الترجيح فمختلف كما سيأتي، وهل يطرد الخلاف في جميع صور إنشاء الفسخ سواء أصدر من القاضي أم من المتعاقدين أو مختص ببعض الأحوال [٢٠/ب] الذي دل عليه كلام الشيخ أبي حامد في «التعليقة الكبرى»، والمحاملي في «المجموع»: أنه جاز مطلقًا، ورأى الإمام[١] أنه يختص من صور النسخ بفسخ القاضي، فإن فسخه يرجع إلى مصلحة.

قال الغزالي: «والظاهر الانفساخ باطنًا؛ لينتفع به المحق»[٢].

وأما فسخ المتعاقدين إذا رأيناه، قال الإمام[٣]: فإن صدر من المحق، فالوجه بتقيده باطنًا، وإن صدر من المبطل، فالوجه القطع بمنعه، وإن صدر منهما، فلا شك في الانفساخ باطنًا، وليس كذلك موضع الخلاف؛ لأنه صدر من محق بيقين، فإن كان هو البائع، فكالرجوع بالفلس، وإن كان المشتري فالمبيع لم يسلم بالثمن الواقع في علم الله تعالى، فإذا تعذر استيفاء المبيع على الجهة المستحقة في العقد، فثبوت الخيار للمشتري أوجه، فإنَّ مَنْ لم يثبت الخيار للبائع تعذر الفلس، أثبت الخيار للمشتري بتعذرات؛ نظرًا على المبيع، وعلل في «الوسيط»[٤]، فيما إذا صدر منهما بأن ذلك كالإقالة، وهو بعيد، فإن الإقالة يشترط فيها أن تكون واردة منهما على هبة العقود من الإيجاب والقبول.

والفسخ ها هنا قد لا يكون على هذه الصفة، بل يكون صادرًا من كل منها

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٥).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٤).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٥).

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٤).

على وجه الاستقلال مع تراخي أحدهما عن الآخر، وتعليل الإمام سالم عن هذه الأعراض، غير أنه إنما يتم له ذلك في الصور الثلاث بعد تقرير أن فسخ البائع إذا كان محقًّا كرجوع المفلس، وفسخ المشتري المحق أولى، والذي يخص الانفساخ بالظاهر مطلقًا قد سارع في ذلك؛ لأنه إنما تعذر بتقيده في الظاهر دون الباطن، وكل منهما قد يتوصل إلى الظَّفَر بحقه، بخلاف الفلس والتعذرات المحققة الموجبة لفسخ المشتري، ولو أن أحد المتبايعين جحد الآخر البيع بالكلية وحلف عليه ولم يكن للمدعي بينة فما أظن الأصحاب يسمحون بإثبات الفسخ له فضلًا عن القطع به، ولو كان التعذر في الظاهر مبنيًّا لذلك لكنا نقول للمدعي: إن كنت محقًّا، فلك فيما بينك وبين الله تعالى أن تفسخ.

نعم قد تقدم من نقل الهروي عن الشافعي نص[1] يقتضي التعريض يقول: إنه بالجحود والحلف ينفسخ العقد، والمشهور خلافه، وأيضًا فليس فيه إثبات الفسخ لأحدهما، لكن قد يقال: إن الشرع لما جوز الفسخ بعد التحالف فالأليق أن يعوض ذلك إلى المحق ونتيجته الانفساخ باطنًا، ولما كان المحق غير معلوم كان لنا في الطريق إليه أمران؛ إما أن يقول بفسخ كل منهما، فيتحقق صدور الفسخ من المحق، كما نبهت عليه فيما تقدم، وقلت: إنه لم يصرح به أحد من الأصحاب مع حسنة واحدة من كلام ابن الصباغ، وإما أن يقال: إنا نعوضه في الظاهر إليهما ونحكم بانفساخه بكل منهما ظاهرًا، فمن كان هو المحق، وفسخ؛ فقد نفذ ظاهرًا وباطنًا، والحاكم كالمحق؛ لأنَّا نقطع بتفويض الفسخ إليه؛ إما استقلالًا: إما على وجه، وإما بحكم امتناعهما على وجه.

والطريقة الأولى أقرب إلى التحقيق، والثانية أقرب إلى كلام الأصحاب، وعلى كل حال، فيظهر في فسخ [٤/٢١] المحق الانفساخ ظاهرًا وباطنًا ولا يلزم

---

(١) انظر: كفاية النبيه (٩/ ٣٠٨).

القطع بذلك ونفي الخلاف، بل إن هذا هو الراجح، وفي فسخ المبطل عدم الانفساخ باطنًا، وفي نسخ الحاكم أنه كفسخ المحق.

واعلم أن إطلاق الوجه الثالث يشمل ما إذا كان الفاسخ هو البائع أو المشتري أو الحاكم، لكن الحكم بالانفساخ باطنًا؛ لكون البائع مظلومًا، وقد صدر الفسخ من المشتري وحده مشكل، وعلة الوجه المذكور لا يقتضيه، وقد تقدم التنبيه على ذلك، والحكم بعدم الانفساخ باطنًا إذا كان البائع ظالمًا، وقد صدر الفسخ منه صحيح.

لكن إذا صدر الفسخ من المشتري أو الحاكم، ينبغي النفوذ باطنًا؛ لأن المشتري مظلوم، فكما رفعنا العقد؛ مراعاة لحق البائع يرفعه؛ مراعاة لحق المشتري، إلا فما الفرق؟ وكيف يجري الوجه المفصل في فسخ الحاكم أو المشتري؟

وقد خطر لي في حل هذا الإشكال أمور غير سالمة من نظر:

أحدها: أن يحمل كلام الأصحاب على صورة واحدة، وهي: ما إذا كان الفاسخ هو البائع كما يرشد إليه علة الوجه المذكور التي ذكرها المصنف حتى إذا كان الفاسخ هو المشتري ينعكس الحكم، وهذا يرده قول المصنف في أول الفصل، إذا فسخ أو انفسخ، فإن ذلك يقتضي جريان الوجه الثالث على القول بالانفساخ.

وثانيها: أن يحمله على ما إذا كان الاختلاف والثمن في الذمة، وحينئذ يرجح جانب البائع على جانب المشتري، فإن البائع لو لم يفسخ بقيت العين على ملك المشتري، وحصل للبائع الضرر، والمشتري إذا لم يفسخ لم يحصل له ضرر؛ لأن الثمن الذي في ذمته لا يجب عليه تسليم ما لم يتسلم العين، فكذلك مكنا البائع من الفسخ دون المشتري، وينطبق عليه تفصيل صاحب الوجه المذكور، وكونه خص ذلك بالبائع، واستشعرت هذا من

قول الرافعي عقب حكاية الأوجه المذكورة: «أن هذا كله مفرغ في قالب واحد، وهو أن يكون الاختلاف في قدر الثمن، وللإمام عبارة تحوي هذه الصورة وغيرها من الصور»[(١)].

وذكر تفصيل الإمام[(٢)] بين فسخ المحق وغيره، وهذا الحمل لو صح لاقتضى القول بالفسخ باطنًا فيما إذا كان المحق هو المشتري، والثمن معين، فإنه حينئذ يكون كالبائع، وحينئذ يقال: الفسخ ينفذ باطنًا، إذا صدر من المحق، وكان يتوصل إلى استرجاع عين، وفي ذلك موافقة للإمام من وجه دون وجه، لكن هذا يخدشه أن المشتري أيضًا قد يكون له غرض في ارتفاع العقد باطنًا، وإن كان الثمن في الذمة؛ لأن المبيع إذا بقي على ملكه تلحقه جنايته وتجب عليه فطرته، وقد يقال: تجب عليه نفقته كالمغصوب؛ لأن المنع من التمكن ليس منه، وإذا كان للمشتري اتجه أن يمكنه من الفسخ ورفعه باطنًا لحقه كالبائع.

وثالثها: إذا جعل الوجهين الأولين عامَّين في حالة الفسخ والانفساخ، ورخص الوجه الثالث بحالة الفسخ، وهذا وإن كان صدر كلام المصنف يخالفه فهو [٧/٢١] أقرب من حيث المعنى؛ لأن الانفساخ لا فرق فيه بين البائع والمشتري، إلَّا أن يقال: جانب البيع أرجح، كما بدأنا به في اليمين، وهو بعيد في هذا الموضع.

وعند هذا يتبين الأقرب أنا إذا قلنا بالانفساخ ارتفع باطنًا، وإن قلنا بالفسخ نفذ من المحق أو الحاكم دون غيرهما، ولا يلتزم نفي الخلاف في شيء من ذلك، كما اقتضاه كلام الإمام[(٣)].

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٩٠). بتصرف يسير.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٦).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٥).

وقد ذكر الرافعي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ الأوجه الثلاثة، ولم يصحح منها، ثم ذكر ما قلناه إن [ذُكِر مفرع في قالب واحد][٢]، وهو أن يكون الاختلاف في قدر الثمن، وللإمام عبارة تحوي هذه الصورة وغيرها إلى آخره، وهذا الكلام منه يشعر بأن كلام الإمام التحالف ما تقدم في المعنى، وأنت قد بان لك أنه مخالف، وأنه يحسن أن تَجعل وجهًا غير الثلاثة المتقدمة في كلام الرافعي وغيره.

ثم الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ إن أراد أن يكون الثمن في الذمة؛ فهو متجه بعض اتجاه على ما قدمته في تخريج كلام الأصحاب، وأنه لا ضرورة للمشتري إلى الفسخ حينئذ، لكني أوردت عليه ما تقدم، وأيضًا فعبارة الرافعي ليست موفية بذلك؛ إذ الاختلاف في قدر الثمن قد يكون وهو معين، وقد يكون الثمن في الذمة، ولا يختلفان في قدره، بل في جنسه أو صفته.

ثم إن النووي رَحِمَهُ اللَّهُ أسقط في «الروضة»[٣] هذا الكلام، واقتصر حكاية كلام الإمام مخالف، وهو وإن سلم من هذا الإشكال، فلم يوف بالاختصار، وأوهم أن كلام الإمام مخالف للأوجه الثلاثة، وذلك وإن كان حقًّا، فهو مخالف لمدلول كلام الرافعي[٤].

ثم إن النووي أسقط في «الروضة»[٥] نسبة تعليل نفوذ الفسخ منهما إلى «الوسيط»[٦]، وجعله مدرجًا مع كلام الإمام، وعطف عليه أنه إن صدر من المبطل، فطريق إنشاء الفسخ، وإن صدر من القاضي، فالظاهر الانفساخ باطنًا ويقويه من عبارة «الروضة» أن ذلك بقية كلام الرافعي، وهو من كلام الغزالي ذكره الرافعي بعد حكايته عنه التعليل المذكور عن «الوسيط»[٧]،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٩٠).
(٢) كذا في المخطوطة.
(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٨٤).
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٩٠).
(٥) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٤).
(٦) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٣).
(٧) المصدر السابق نفس الموضع.

وإذا أردت ذلك، فانظر «الشرح»[١] و«النهاية»[٢] و«الروضة»[٣].

وقد بقي من شرح هذه المسألة أمران:

أحدهما: أن العراقيين أطبقوا على حكاية الأوجه الثلاثة، هكذا مرسلة في الأموال كلها في هذا الباب، والماوردي[٤] وغيره من العراقيين قالوا في كتاب الدعاوى: إن قلنا: العقد ينفسخ بنفس التحالف؛ انفسخ ظاهرًا وباطنًا.

وإن قلنا: يفسخه الحاكم، فهو لا يجوز له ما لم يعرض عليهما الرضا بأحد الأمرين، فإذا عرض عليهما ذلك وأبياه وفسخه، هل ينفسخ ظاهرًا فقط أو ظاهرًا وباطنًا فيه وجهان، وفي هذا بعض الموافقة لطريقة الخراسانيين، [والخراسانيون][٥] لم يرسلوا الأوجه الثلاثة هكذا، **بل لهم طريقان على القول بالفسخ:**

إحداهما: إن كان المشتري كاذبًا انفسخ باطنًا، وإن كان البائع كاذبًا فوجهان، وهذه طريقة القاضي حسين والفوراني.

والثانية: إن كان البائع كاذبًا فلا ينفسخ باطنًا وجهًا واحدًا، وإن كان صادقًا فوجهان، وهذه طريقة الشيخ أبي محمد.

قال الإمام: «والطريقة [٢/٧٢] المشهورة هي الأولى»[٦]، ومن الطريقتين ينتظم ثلاثة أوجه تفريعًا على قولنا: إن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف، وأما إذا قلنا: ينفسخ بنفس التحالف، فالمراوزة المذكورون يطبقون على الانفساخ باطنًا.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٩٠).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٥).

(٣) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٤).

(٤) الحاوي الكبير (١٧/ ٣١٨).

(٥) في المخطوطة: «والخراسيون».

(٦) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٤) بمعناه.

والوجه الثالث المذكور، قال الماوردي: «إن أبا إسحاق المروزي أشار إليه»[١]، والوجهان الأولان أطلق في «التعليق» عن ابن أبي هريرة أنهما قولان، وإذا قلنا بأن الفسخ لا ينفذ باطنًا إذا صدر من المبطل على الأصح، فطريق الصادق أنشأ الفسخ إن أراد الملك فيما عاد إليه هكذا، قاله الغزالي[٢] والرافعي[٣] عنه كما تقدم، وهو مستمر على قولنا: إن الفسخ من الصادق نافذ أو منهما.

أما من يقول: بأن الفسخ يختص بالظاهر مطلقًا، كما هو الوجه الثاني، فلا نقول بذلك، وإذا صدر الفسخ من الحاكم.

وقلنا: بالوجه الضعيف أنه لا ينفذ باطنًا.

قال الإمام: «فالظاهر أنه ينفذ فسخ المحق باطنًا، وإن كان لا يستقل به في الظاهر. هكذا ذكره شيخي، والدليل البَاتُّ فيه: أنا لو لم نثبت هذا المسلَك، لما كان في الحكم بالفسخ ظاهرًا فائدة»[٤].

قلت: وهذا على قوله: إن الفسخ إذا صدر من المحق حيث يفوضه إلى المتعاقدين نافذ قطعًا، أما من يخصه بالظاهر مطلقًا، فلاءَمَ على طريقته الاحتمال منقدح فيه إذا قلنا: الفسخ يختص بالقاضي، ودعوى الإمام أنا لو لم نثبت هذا المسلك لم يكن في الفسخ فائدة قد يمنع بأن فائدته الظفر بمال من له عليه حق.

الأمر الثاني: في الاستدلال للأوجه المذكورة:

أما الأول: القائل بالانفساخ باطنًا، فقاسه في الكتاب على اللعان، والرد

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٤).
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٤).
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٩١).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٦).

بالعيب.

وقاسه الشيخ أبو حامد مع ذلك على النكاحين إذا لم يعلم السابق منهما، فإنا نفسخ العقد في الظاهر والباطن.

وأجاب عنه: بأنا جهلنا عين السابق ولا نرجو التوصل إليه فيما بعد، وها هنا وإن جهلنا عين الثمن، فلم نأيس من الوقوف عليه فور أنه أن يعلم عين السابق في النكاح، ولكن أشكل بعد ذلك، فتوقف، ولأجل ظهور الجواب عن هذا القياس - والله أعلم - تركه المصنف.

والجواب: عن قياسه على اللعان تقدم في تقرير أنه لا ينفسخ بنفس التحالف، وأما قياسه على العيب: ففيما إذا صدر الفسخ من المحق قياس صحيح، بل هو فرد من أفراد العيب، فلا جرم نقول بالانفساخ باطنًا.

وأما إذا صدر من غير المحق، فالجواب: أن الموجب للانفساخ باطنًا هو العيب، وهو حاصل في الباطن، ولا كذلك هنا، وبهذا نعلم تقرير الوجه الثاني، فيما إذا صدر الفسخ من غير المحق.

وجوابه إذا صدر من المحق: فالحق من الوجهين التفصيل كما ذكره الإمام، لا كما أطلقه صاحب الوجه الثالث، ولا شك أن هذا التفصيل في الانفساخ باطنًا بين المحق وغيره هو الصحيح.

أما الانفساخ ظاهرًا: إذا ⇑ [٢٢/ب] صدر من غير المحق، ففي النفس منه مسألة قد تقدم التنبيه عليها ولم ينج منها من القائلين بالفسخ إلَّا من قال: بأن الفسخ يختص بالحاكم، كما رجحه ابن الصباغ وغيره أو من يقول بأنه لا ينفذ الفسخ ظاهرًا ولا باطنًا إلا باجتماعهما عليه أو الحاكم كما قدمته.

وقلت: إني لم أر أحدًا قال به غير ما نقله الشاشي، وإما أنا نقول: ينفسخ ظاهرًا بفسخ أحدهما، ثم يتردد هل ينفسخ باطنًا أو لا؟ فما الداعي إلى ذلك.

فإن قلت: التحالف موجب الفسخ، فجريانه كوجود العيب بالنسبة إليهما.

قلت: لم يقم على ذلك دليل، فإنا إن أخذنا ذلك من جهة التعذر لم يستمر إلى فَيْءِ المحق خاصة، وإن أخذناه من الحديث، فهو إنما يقتضي أن المشتري بالخيار بعد حلف البائع، فإن أخذنا بظاهره اقتضى إثبات الخيار للمشتري فقط، وأنه إذا فسخ نفذ ظاهرًا وباطنًا، محقًّا[1] كان أو مبطلًا، ولا ينفذ من البائع ظاهرًا ولا باطنًا محقًّا كان أو مبطلًا، وهذا لا يُعرف من قال به، وإن قلنا بما قاله الأصحاب في تفسيره من أنه مخير إن شاء أخذه بما حلف عليه البائع، وإن شاء حلف، لم يكن فيه دليل على الحكم بعد التحالف لا في فسخ ولا انفساخ، ومن جملة ما استدل به للوجه الثاني: أن حكم الحاكم لا يُحيل الأمور عما هي عليه، وهو الاستدلال ضعيف؛ لأن هذا إنشاء فسخ كإنشائه الفسوخ والعقود، وليس كالحكم والإلزام الذي نقول بأنه لا يعبر ما في نفس الأمر.

وممن صحح الانفساخ ظاهرًا وباطنًا الروياني في «الحلية» على قوله: إن الفاسخ هو الحاكم وهو صحيح؛ لأن الحاكم كالمحق.

وأيدَّ الهروي الوجه الثالث بما تقدم عن الشافعي: أن البائع إذا ادعى البيع بثمن وأنكره المشتري وحلف عليه، يأمرهما الحاكم بالفسخ، فإن لم يفعل، فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود، والحلف كان مذهبًا، وقال: إن التفصيل المذكور أخذ من هذا النص، ولم يتبين لي وجه أخذه من ذلك تبينًا واضحًا.

ثم قال الهروي: إذا قلنا: الفسخ ينفذ في الظاهر دون الباطن من غير تفصيل، فلو كان البائع مظلومًا هل يثبت له فسخ البيع، «**فيدخلوا بان]**»[2]

---

(١) في المخطوطة: «فحقا» والصواب ما أثبتناه.

(٢) كذا في المخطوطة.

أحدهما، وهو المنصوص عليه في الإقرار: نعم، كما لو أفلس المشتري.

والثاني: لا؛ لأن الاستبقاء من الظالم يتيسر بأن يوجد منه سرًّا أو علانية بخلاف المفلس.

قلت: وفي إثبات هذين الوجهين مع التفريع على أنه لا ينفسخ في الباطن.

قلت: وجعله على أحد الجوابين كغريم المفلس يقتضي الانفساخ باطنًا، فلا يظهر إجراء الوجهين مع هذا التفريع لا في الباطن، ولا في الظاهر.

والتفريع الذي ذكره المصنف كما قال: إذا قلنا بالانفساخ باطنًا تصرف كل منهما فيما عاد إليه بأنواع التصرفات، وإن كانت جارية جاز له أن يطأها ويعتقها، ولا يجوز لهما أن يتقارَّا على العقد.

وإن قلنا: الفسخ يختص بالظاهر دون الباطن، فإن تقارَّا على العقد قال المحاملي والروياني[1] جاز، [٢٣/أ] وقل من نبه عليه في هذا الموضع غيرهما، وإن لم يتقارَّا فقد ذكر المصنف وغيره من العراقيين العبارة التي في الكتاب.

وذكر الرافعي عبارة أخرى وهي: «أنه لا يجوز لهما التصرف، لكن إن كان البائع صادقًا، فقد ظَفِرَ بمال من ظلمه، وهو المبيع الذي استرده، فله بيعه بالحاكم على وجه، وبنفسه على الأصح، ويستوفي حقه من ثمنه»[2] ويرد الباقي، وإن كان أقل من حقه فالباقي دين له في ذمة المشتري؛ أي: فيما بينه وبين الله، والمقصود من العبارتين واحد، وأحسن من العبارتين وأوفى بالمقصود أن يقال: أنه لا يجوز للظالم منهما التصرف، فيما عاد إليه

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٣).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٩٠). بتصرف يسير.

بشيء من التصرفات ولا بالقبض، فطريقه أن يسأل الآخر الإقالة أو يسلم إليه ماله، ويتسلم العوض، هكذا أطلقه الشيخ أبو حامد، وينبغي أن يتعين عليه أن يسلم المال؛ لأنه إقرار بالحق، فلا يخير بينه وبين طلب الإقالة، وهو مقتضى كلام المحاملي والمصنف، وأما المظلوم فلا يتصرف بالوطء والهبة والعتق، ولكن حكمه حكم من ظفر بمال من ظلمه، فإن كان المظلوم البائع، فيأخذ مقدار الثمن، وإن كان المشتري، فيأخذ مقدار المبيع بطريقه، وإن تلف هذا المأخوذ في يد آخذه كان من ضمانه.

قال ابن الصباغ: وليكن ذلك على الخلاف، والمأخوذ بالظَّفَر، وفي ضمانه وجهان، والمقصود بذلك كله فيما بينه وبين الله تعالى.

وكلام المصنف يقتضي أنه يبيع بعض المبيع إذا كان يفي بحقه، وذلك صحيح فيما يتحرى أما ما لا يتحرى فيبيعه كله، ويستوفي منه قدر حقه ويحفظ الباقي، وذلك مبين في بابه.

واعلم أن شرط ذلك ألَّا يظفر البائع للمشتري بجنس، فلو ظفر بجنس ثمنه لم يكن له استبقاؤه من المبيع المخالف للجنس على الأصح، كما هو مبين في بابه. والله أعلم.

وليس فرض المصنف وغيره الكلام والتفصيل في البائع؛ لأن ذلك مختص به، ولا حرج على الحاكم في تسليمه لكل منهما ما عاد إليه، وإن قلنا باختصاص الفسخ بالظاهر؛ لأن كلًّا منهما يحتمل أن يكون هو المظلوم، فيستحق وضع يده بطريق الظَّفَر لا بطريق الانفساخ في الباطن، ولم يتعين الظلم في واحد حتى يقطع بعدم استحقاقه في الباطن، فافهم ذلك، فإنه يزيل عند الإشكال في الحكم للبائع بالمبيع مع قولنا بعدم الانفساخ باطنًا، والقطع بانتقال الملك للمشتري.

نعم في الحكم لما حكمه للظالم بوضع يده على ما يأخذه، وإن لم

يتعين، وفيه إشكال، وهذا مما يضعف القول باقتصار الفسخ على الظاهر.

وقول المصنف: فيبيع من المبيع بقدر حقه محمول على الخلاف المتقدم هل يبيع بنفسه أو بالحاكم، ولا حاجة [إلى على][1] الوجه الثالث؛ لأنه إن كان البائع مظلومًا، فهو كالأول، وإن كان ظالمًا، فهو كالثاني، فعند التفريع تعود الثلاثة إلى وجهين، ويدخل الثالث فيهما.

وأيضًا فإنا قلنا: إذا قلنا ⇑ [٢٣/ب] بالفسخ وقد تقدم متى نقول بذلك، وهو الوجه الأول مطلقًا.

وعلى الثالث: إذا كان البائع مظلومًا. وعلى المختار، وهو قول الإمام[2] إذا كان الفاسخ محقًّا من كلٍّ منهما، وقد علمت بما نبه عليه المحاملي أن محل ما ذكره المصنف وغيره فيما إذا لم يتقارَّا على العقد، وأنه ليس الحكم بالانفساخ ظاهرًا فقط مانعًا من تقارّهما.

فرع قال القاضي الحسين: «لو قال البائع: أنا كالمتردد لست أتيقن كوني كاذبًا ولا صادقًا حل له أن يمسكها بناء للأمر على ظاهر أنه لا يكذب»[3].

فرع المبيع بعد الانفساخ في يد المشتري هل هو بمنزلة المستام أو كيف حكمه، ويظهر أثر ذلك في كيفية ضمانه إذا تلف، بعد ذلك كلام صاحب «التتمة» يقتضي أنه والتالف قبل التحالف على حد سواء وسنذكره فرعًا[4] على المشتري في الحكم الظاهر جزمًا، وفي الباطن حيث نقول به

---

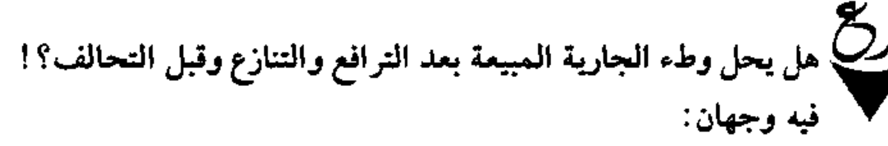
(١) كذا في المخطوطة: ولعل الصواب: «إلا على».

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٦).

(٣) نقله عنه أيضًا ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٣٠٢).

(٤) في المخطوطة: «فرع».

رده إن كان باقيًا بحاله، وأما الزوائد كالولد والمهر، فما حدث قبل التحالف قد تقدم الكلام فيه على قول الانفساخ، وحكينا الخلاف في ردها، والمشهور أنها تبقى للمشتري، وعلى قول الفسخ تقدم منا بحث يقتضي إثبات الخلاف وإن لم نره منقولًا، وما حدث بعد التحالف وقبل الفسخ إذا قلنا: لا بد من الفسخ على الصحيح، فالظاهر أنه كالحادث قبل التحالف، وفيه احتمال لإشرافه على الزوال، وما حدث بعد التحالف على القول بالانفساخ، أو بعد الفسخ، فلا شك أنه للبائع، وإن كان المبيع فسيأتي حكمه.



فرع **هل يحل وطء الجارية المبيعة بعد الترافع والتنازع وقبل التحالف؟! فيه وجهان:**

أصحهما: نعم؛ لقيام الملك.

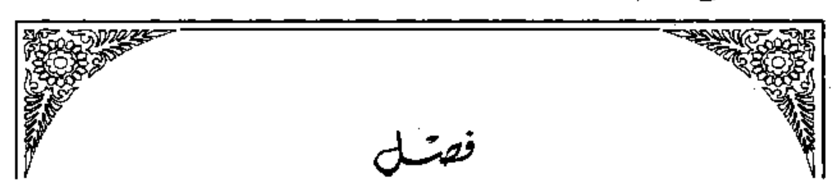
والثاني: لا؛ لإشرافه على الزوال، وفي الوطء بعد التحالف، وقبل الفسخ وجهان مرتبان، وأولى تقدم الحل.

فرع ذكر الهروي هنا لو كان المشتري ممتنعًا عن أداء الثمن بطريق التغيب بعد الإقرار واليسار، **فهل يثبت للبائع فسخ البيع؟! فيه وجهان:**

أصحهما: لا، وهكذا إذا امتنع الزوج عن الإنفاق تغيبًا! فيه وجهان: الأصح: أنه لا يثبت لها فسخ النكاح.

* * *

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[الاختلاف بعد هلاك السلعة]

[وإن اختلفا][1] في الثمن بعد هلاك السلعة في يد المشتري، تحالفا، وفسخ البيع بينهما؛ لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، فوجب أن يثبت التحالف.



تقدم أن المخالف في ذلك أبو حنيفة، وأبو يوسف[2]، ورواية عن مالك[3]، ورواية عن أحمد[4]. وكان محمد بن الحسن[5] مخالفًا في ذلك أيضًا.

قال الشافعي في «المختصر»: «فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صاحبيه، وقال: ما أعلم ما قالا إلّا خلاف القياس والسنة والمعقول إذا تناقضاه والسلعة قائمة تناقضا وهي فائتة؛ لأن الحكم أن يفسخ العقد،

---

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المطبوع من المهذب، وهو ساقط من المخطوطة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦١)، البحر الرائق (٧/ ٢١٩).

(٣) انظر: التلقين (٢/ ١٥٧)، المقدمات الممهدات (٢/ ١٩٨)، بداية المجتهد (٣/ ٢٠٧)، حاشية الخرشي (٥/ ١٩٦).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٢/ ٧٨)، الإنصاف (٤/ ٣٢٢)، كشاف القناع (٣/ ٢٣٦).

(٥) انظر مصادر الأحناف السابقة.

فقائم وفائت سواء»[١].

وقد نصب الأصحاب المسألة في مسائل الخلاف ومعتمدنا في ذلك أمور منها: حديث ابن عباس الذي صدَّر به المصنف الباب، فإنه بإطلاقه يقتضي ذلك.

ومنها: حديث ابن مسعود ﵁ [١/٢٤] المتقدم الذي فيه: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ...**»[٢] الحديث، ولم يفصل بين أن تكون السلعة قائمة أو تالفة فيما ثبت من الروايات.

ومنها: قياس حالة التلف على حالة البقاء التي وافقوا عليها، وادعوا ورود النص فيها؛ لأن اليمين يعرض للردع والزجر ورد المبطل إلى الحق، وهذا يوجب التسوية بين حالة البقاء وحالة التلف، ولأن الموجب التحالف كون كل منهما مدعيًا ومُدعًى عليه، وذلك موجود في الحالتين، ولأن المشتري يحلف بالاتفاق في حالة التلف، فكذلك البائع؛ لاستوائهما في الدعوى، ولأن مستند اليمين الإنكار، ونحن نقطع بأن ذلك لا يختلف بالنسبة إلى حالة البقاء وحالة التلف، **وقد يعلق المخالف بمقدمتين**:

إحداهما: أن بعض رواة حديث ابن مسعود قال فيه: «**وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ بِعَيْنِهِ**»[٣].

والثانية: أن التحالف على خلاف القياس ثَبَتَ حالة البقاء للحديث، فلا يتعدى إلى حالة التلف.

والجواب: عن المقدمة الأولى بما تقدم أن هذه الزيادة باطلة لا أصل لها

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

(٢) أحمد (١/ ٤٦٦)، وأبو داوود (٣٥١١)، والنسائي (٤٦٤٩)، وابن ماجه (٢١٨٦) والحاكم في «المستدرك» (٢/ ٥٢) برقم (٢٢٩٣)، وقال: «صحيح الإسناد، ولم يخرجاه».

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠٥٩٥).

ولم يصححها أحد من أصحاب الحديث، وقد وردت رواية أخرى بضد ذلك، قيل فيها: «**وَالْمَبِيعُ مُسْتَهْلَكٌ**»[(١)].

وكلاهما ضعيفتان، فإن لم يثبتا وهو الحق، فلا إشكال، وإن ثبتنا فكذلك لا يصير مطلقًا قد قيد بقيدين فيبقى على إطلاقه على المشهور في الأصول، وإن فرضنا ثبوت روايتهم وحدها ولا يكون ذلك، فقد يقال: يقتضي ذلك الاقتصار على حالة البقاء؛ إما حملًا للمطلق على المقيد، وإما عملًا بالمفهوم، واقتضائه أن الحكم حالة التلف بخلافه، وإما لأن هذه زيادة في الحديث يجب قبولها، وتكون هي محل النص، وغيرها لا يلحق بها للمقدمة الثانية في كلام المخالف.

وأجاب الأصحاب عن الأولين: بأن أبا حنيفة لا يقول بحمل المطلق على المقيد، وإن اتحدت الواقعة كما فعلوا في قوله: «**لا نكاح إلا بشهود**» و«**لَا نِكَاحَ [إِلَّا]**[(٢)] **بِشَاهِدَيْ عَدْلٍ**»[(٣)] تركوا المطلق على إطلاقه، ولا بالمفهوم، ونحن وإن قلنا بالمفهوم فيقدم القياس عليه، هكذا قال المصنف في «النكت»[(٤)]: أنا نقدم القياس على دليل الشرط، وأطلق القياس وهو مقتضى كلام الشيخ أبي حامد.

وقال القاضي أبو الطيب: إنا نقول بدليل الخطاب، ولكنا نقدم التنبيه عليه، والتنبيه يدل على أن السلعة إذا كانت تالفة أولى بالتحالف، ومراده بالبينة مفهوم الموافقة، ولا شك أنه مقدم على مفهوم المخالفة.

وأما ما اقتضاه كلام المصنف من تقديم القياس مطلقًا على مفهوم المخالفة، ففيه نظر، وينبغي أن يبنى على أن المفهوم من دلالة اللفظ أو من

---

(١) الدارقطني في الكبرى (٢٨٦٤). (٢) سقط من المخطوطة وأثبتت من مصادر التخريج.
(٣) أخرجه: أبو داود (٢٠٨٧)، والترمذي (١١٠١)، وابن ماجه (١٨٨٠).
(٤) «النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة» لم يطبع.

جهة صون الكلام عن عدم الفائدة، فعلى الأول يقدم على القياس، وعلى الثاني يقدم القياس عليه.

وقد استدلوا على أن التحالف حالة الهلاك أولى، بأن السلعة إذا كانت قائمة يمكن أن يستدل على صدق أحدهما ببقائها، وقدر قيمتها، ولا يمكن ذلك مع تلفها، فإذا تحالفا حال قيام السلعة فحال تلفها أولى.

واعترض بعض المتأخرين من أصحابنا ⇑ (٢٤/ب) على ذلك: بأن الثمن غير معتبر بالقيمة، ولا يرجح دعوى أحدهما بموافقتها، والذي قاله صحيح، إلا أنه لا ينافي الأولوية؛ لأن التحالف إذا أثبت مع ذلك الأمر المخيل، وأسقط الشرع اعتباره، فلأن يثبت مع التساوي من كل الوجوه أولى، وإن لم يثبت الأولوية كما قال القاضي أبو الطيب، فلا شك أن المساواة حاصلة، فالقياس حاصل كما قاله المصنف، وبالمساواة يشعر كلام الشافعي الذي قدمته عن «المختصر».

وأما حمل المُطلق على المقيد هنا، فعندي فيه نظر؛ لأن ذلك إنما يجب في صورة يكون العامل بالمقيد فيها عاملًا بالمطلق، كالأمر برقبة ورقبة مؤمنه، أما ما نحن فيه فإن المطلق فيه يقتضي التخالف في كل صور الاختلاف؛ لأن أداة الشرط تقتضي ذلك، والتقييد ذكر بعض الأحوال، فهو يشبه تخصيص العام بذكر بعضه، والأكثرون لا يقولون به، فبطل التعلق به أيضًا.

وأما التعلق بأن هذه زيادة، والزيادة مقبولة، فذلك يتوقف على صحتها، وعلى أن ذلك حديث واحد لم يتعدد مجلسه، وكلا الأمرين لم يثبت، وهذا الجواب الذي قلته عن حمل المطلق على المقيد، إنما يحتاج إليه على مذهب الشافعي القائل: بأن حمل المطلق على المقيد من ناحية اللفظ.

وقد نقل الشيخ أبو حامد عن ابن أبي هريرة: أن ذلك من ناحية العلة، والمعنى، فعلى هذا لم يُبن المطلق على المقيد هنا؛ لأنه لا علة تجمع بينهما، وهذا الذي نقله عن ابن أبي هريرة غريب في الأصول في المقيد بقيد واحد متحد السبب، والمعروف المشهور ذلك فيما إذا اختلف السبب أو قيد بقيدين مختلفين.

ولكن الشيخ أبا حامد نقله هنا وبنى عليه الجواب، وإليه جنح الغزالي في «المأخذ»، قال الغزالي: وكيف يستبعدون ذلك، وقد قال رسول الله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ»[١].

فألغوا هذا التقييد وألحقوا به غير المؤبر، لمَّا أن اعتقدوا أنه في معناه، ولم يبالوا بالتقييد الملفوظ به، ولم يتجه لهم في تلك المسألة حمل التقييد على محمل، وقد اتجه لنا في هذه المسألة حمله على التنبيه كما تقدم.

قلت: وهذا يصلح أن يكون جوابًا على تقدير أنها زيادة ثابتة أيضًا، وربما تعلقوا بأنه وأن لم تثبت هذه الزيادة فهي مرادة بالأحاديث المطلقة بدليل قوله: «وَتَرَادَّا»، والتراد لا يكون إلَّا مع قيام السلعة.

والجواب: أن هذا اللفظ أيضًا لم يثبت، والثابت من الأحاديث ليس فيه ذلك، وقد تقدم بيانها أول الباب، وبتقدير ثبوته، فالتراد موجود في بدل التالف، وأما الجواب عن المقدمة الثانية، فببيان أن التحالف غير خارج عن القياس، بل هو على وفق القياس للأقيسة التي ذكرناها، وهذا موضع يجب الاعتناء به والتمهل فيه، فإنهم يزعمون [٢٥/أ] أن المدعي حقيقة هو البائع؛ لأنه موافق المشتري على انتقال الملك إليه، ويدعي زيادة في الثمن، والمشتري مُدَّعًى عليه فحسب؛ لأنه لا يدعي على البائع شيئًا، فكان القياس أن الثمن مقصوده على المشتري، لكنا حلفنا البائع للحديث، على خلاف القياس في

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥/ ٤٣).

المحل الذي ورد فيه، وهو حال قيام السلعة، فلا تعدية إلى غيره.

ومحل هذا الكلام إذا كان المبيع مقبوضًا بيد المشتري حتى يكون مدّعى عليه فقط، أما لو كان قبل القبض فكل منهما مدَّعٍ ومدَّعًى عليه، فيتحالفان بالقياس لا بالحديث وحده؛ لأن البائع مدعي تسليم الثمن، والمشتري مدعي تسليم المبيع.

فالأحوال أربعة قبل القبض، والسلعة قائمة يتحالفان على وفق القياس، وقبل القبض والسلعة تالفة لا تَحالف؛ لأنه انفسخ العقد، وهاتان الصورتان متفق عليهما، وبعد القبض والسلعة قائمة يتحالفان بالحديث على خلاف القياس عندهم، وعلى وفق القياس عندنا وبعد القبض والسلعة تالفة هو محل النزاع للمأخذين، ولما كان هذا مأخذهم أثبتوا التحالف مع الوارث قبل القبض وفيما إذا هلكت السلعة بإتلاف أجنبي في يد البائع؛ لأن كون كل منهما مدّعيًا ومدعًى عليه حاصل هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله[1].

وأما أبو يوسف[2] فإنه لم يقل بجريان التحالف مع الوارث؛ جمودًا على الحديث، والحق أنه إذا كان مأخذ أبي حنيفة رحمه الله ذلك لم يلزمه من إثبات التحالف في الصورتين المذكورتين إشكال، لكن النزاع في ذلك المأخذ، وأيضًا فإنهم قالوا بالتحالف فيما إذا اشترى عبدًا بجارية وتقابضا، ثم هلك أحدهما، ثم اختلفا، فقال أحدهما: كان مع العبد ثوب وأنكر الآخر، فأثبتوا التحالف في هذه الصورة مع عدم ورود الحديث فيها، **وهو بعد القبض ولنا ولهم في البحث في المسألة طريقتان:**

إحداهما: طريقة أبي زيد من أصحابهم في تقرير أن التحالف على وفق القياس أو خلافه، قال أصحابنا: إن كل واحد من المتبايعين يدعي عقدًا غير

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٥٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ١٦١)، البحر الرائق (٧/ ٢١٩).
(٢) انظر مصادر الأحناف السابقة.

العقد الذي يدعيه الآخر، فهو كما لو ادعى أحدهما بيعًا، والآخر هبة، فإن اليمين على كل واحد منهما، ولا منافاة بأن يقال: إنهما اتفقا على انتقال الملك واختلفا في طريقه، هل هو بعوض أو غير عوض، فلذلك هنا البيع بألف غير البيع بخمس قطعًا، فدعوى أحدهما غير دعوى الآخر ومؤيده أنه لو أقام كل منهما بينة تعارضتا، ولا نقول: إنهما اجتمعتا على الخمس المائة، كما نقول في الشهادة على الديون، ودعوى المشتري بالشراء بالخمسمائة دعوى صحيحة، بدليل أنه لو أقام بينة سمعت بالاتفاق منا ومنهم، ولو لم يكن مدعيًا حقيقة لما سمعت بينته، وهذا أقوى حجة عليهم.

قالوا: قولكم: إن المشتري يدعي عقدًا آخر لا يسمع؛ لأن العقد لا يراد لعينه، وإنما يراد لحكمه، وحكم العقد الذي يدعيه المشتري ليس إلَّا الملك واليد، وقد حصل بالعقد ⇑ [٢٥/ب] الذي أقوله البائع به، فالمشتري لا يدعي لنفسه مقصودًا، فبطلت دعواه كمن قال: لزيد عليَّ ألف من ثمن هذا العبد الذي في يدي، فقال المقر له: لي عليك ألف من قرض أو غصب والعبد عبدك ملكته من غيري، فإنه يأخذه بالألف ولا يلتفت إلى السبب.

واعتذروا عن قبول بينة المشتري بأنه مدع في الصورة، والبينة تكتفي فيها بالاستناد إلى صورة الدعوى، واليمين لا يعتمد صورة الإنكار بل يعتمد المقصود منه، بدليل أن المودع إذا ادعى رد الوديعة قبلت بينته من حيث إنه في الصورة مُدَّعٍ، ويحلف من حيث إنه في الحقيقة منكر؛ لأنه يدفع الضمان عن نفسه، فالبينة تعتمد الصورة، واليمين يعتمد الحقيقة، فلذلك تقبل بينة المشتري كالمودع سواء، وإنما كان كذلك؛ لأن الشهود لا يعلمون باطن الأمر وحقيقته، وإنما ينقلون ما ظهر إلى مجلس القاضي، واليمين يجب على الخصم وهو عالم بحقيقة الحال، فلذلك اعتمدت البينة الصورة، واليمين الحقيقة، والبائع هو المدعي حقيقة لا غير، فلا يمين عليه.

أجاب أصحابنا: بأن دعوى المشتري صحيحة؛ لأنها مقيدة في المال؛ لأنها إذا ثبتت بموافقة صاحبه، أو بالبينة سقطت عنه الزيادة، وكل ما كان كذلك، فهي صحيحة، ويستفيد بها أيضًا أنه عند الإقالة والفسخ بسبب آخر لا يرجع إلَّا بذلك القدر.

وقولهم: إن المشتري لا يدعي إلَّا الملك واليد وهما سالمان له، قلنا: هو يدعي سلامتهما بعقد بخمسمائة، وصاحبه يدعي سلامتهما بعقد بألف، وقولهم: إن العقد لا يراد لعينه، وإنما يراد لحكمه.

فجوابه: أن الأحكام مبنية على استبيانها، ولا يجوز الإعراض عنها على أن دعوى السبب إذا أفادت اعتبرت، وقد بينا فائدته في مسألتنا.

وأما المسألة التي فرضوها فهي ممنوعة عندنا متى لم يتوافقا على السبب لا يجب عليه الألف، كذلك قال أبو المظفر بن السمعاني: والمسألة فيها وجهان في المذهب، فهو جواب على أحد الوجهين وعلى الوجه الثاني يمكن أن يقال: إن ذلك لا يختلف الغرض كما في المثال المفروض، وفي مسألتنا يختلف الغرض، فلا يجري فيه؛ ولذلك إذا قال له: عليّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه إذا سلمه سلمت الألف، فالصحيح القطع بالقبول، وكأنه إنما أقر له مشروطًا بذلك الشرط، وكذلك البائع إنما أقر بالبيع على ذلك، كأنه أقر بملك مستفاد بمبلغ من الثمن معلوم، ولم يقر بما سواه، وأما عذرهم عن التنبه وتقسيمهم المدعي إلى مُدَّعٍ صورة ومدَّعٍ حقيقة، فلا معنى له؛ لأن كل صورة لها حقيقة لا باطلة، أليس إذا قامت بينة المشتري يقضي القاضي بها، فكيف يقضي بشيء لا حقيقة له، وأليس يمين البائع يفيد سقوط دعوى المشتري، كما يفيد يمين المشتري، سقوط دعوى البائع، فإذا كانت فائدتها حاصلة فلا بد أن يتوجه، ثم ما ذكروه من ذلك منتقض بالتحالف حال قيام المبيع، وكون حلف البائع ثابتًا بالنص لا ينجيهم من ذلك، بل هو

مؤكد للنقض، وإنما يكون ذلك عذرًا فيما [٢٦٦/أ] خالف قياس المذهبين.

أما إذا انفرد قياس الخصم في صورة النقض كان لازمًا له، وكذلك ينتقض قولهم بالمختلفين في البيع والهبة، فقد وافقوا على أنهما يحلفان بعد التلف، وإنما اعتذروا له عن إقامة المشتري البينة بعبارة أخرى غير ما تقدم وهي: أن المقصود دفع اليمين، وذلك يجوز إذا أتى بصيغة الإثبات كالمودع، ورُدَّ ذلك بأنه لو كان نافيًا حقيقة لم ينفعه العدول إلى صيغة الإثبات، كالداخل مع الخارج على مذهبهم.

قال الأصحاب: وإنما صدقنا المودع بيمينه، وإن كان مدعيًا من كل وجه لحاجة إخفاء الودائع، وفي تكليف الإشهاد إظهار لها، وفي تعريض المودع لضمان التلف، أو الرد من غير مخلص منع الناس من قبول الودائع، وقد اعترف المودع بأمانته، فلزمه تصديقه، وليس لما ذكروه من أنه مُدَّعٍ صورة لا حقيقة.

الطريقة الثانية في البحث: طريقة مشايخهم غير أبي زيد قالوا: الهلاك لا يكون محل فسخ العقد بدليل الرد بالعيب، فإنه لا يرد بعد التلف، وكذلك غريم المفلس لا يرجع إذا كانت السلعة هالكة عندكم.

والجواب: أن التحالف ليس لفسخ العقد، وإنما التحالف لصحة الدعوى من الجانبين، ثم إذا تخالفا ولم يكن الأخذ مأخذ القولين أولى من الآخر بطل العقد، وعلى أحد الوجهين من غير فسخ، وفسخ إن لم يتفقا على القول الآخر، وهذا بعد الهلاك جائز، كما لو اتفقا بعد هلاك السلعة على جهالة الثمن.

وأما الرد بالعيب فإنما امتنع بعد التلف؛ لأن المقصود دفع الضرر عن المشتري، ولذلك يكون بالفسخ تارةً وبالرجوع إلى الأرش أخرى، فأصلح الجهتين عند قيام المبيع هو رد المبيع وفسخ العقد، وأصلح الجهتين عند

هلاك المبيع الرجوع بالأرش؛ لأنه أقل للمنازعة.

وأيضًا فالرد يعتمد المردود، وهو مفقود، ولذلك قال الغزالي: «لا رد؛ إذ لا مردود»(١)، والفسخ يعتمد العقد وهو موجود، وهذا المعنى قد يؤخذ من كلام الشافعي المتقدم عن «المختصر» في قوله: «لأن الحكم أن يفسخ العقد، فقائم وفائت سواء»(٢)، ويؤيده أن من اشترى جارية بثوب فسلم الثوب وقبض الجارية ووجد بها عيبًا، وقد تلف الثوب في يد صاحبه، فإنه يرد الجارية ويفسخ البيع ويرجع بقيمة الثوب، وتلفه لا يمنع من ورود الفسخ عليه، وهذا ينقض عليهم ما ألزموا به.

وأما امتناع رجوع غريم المفلس، فلأنه لم يجد سلعته بعينها، وهو سبب الفسخ عند الفلس، فلم يلزم ما ذكروه، والفسخ بالإقالة بعد التلف على وجه ممتنع؛ لأنه لا ضرورة إليها، والأصح جوازه، ويرد على طريقة مشايخهم ما إذا اشترى عبد الجارية وهلك أحدهما ووجد بالآخر عيبًا، فإنه يصح الفسخ على ما تقدم عنهم وهو فسخ، ورد على الهالك، فإن اعتذروا بأن الهالك بيع للقائم قلنا: كل واحد منهما مقصود بالعقد، فلا يجعل أحدها تابعًا، ثم يبطل بما إذا باع سلعتين وهلكت إحداهما [١/٢٦] ثم اختلفا، فإنهما لا يتحالفان عندهم، ولا يجعل الهالك تبعًا للقائم، ورد عليهم أيضًا ما إذا قتل المبيع في يد البائع بجناية أجنبي، فإنهم قد قالوا بالتحالف والفسخ يرد على تالف، فإن قالوا: البيع انتقل إلى القيمة.

فقد أجاب المصنف في «النكت»: بأن البيع لا ينتقل من شيء إلى شيء، قال: ولو انتقل لفسد البيع إذا زادت القيمة على الثمن أو نقصت؛ لأنه ربا، ويرد عليهم الشراء الفاسد إذا تلف الشيء عند المشتري، فإنهم جوزوا

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ١٢٨-١٢٩).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

الفسخ فيه على ما قاله صاحب «الكفاية»[١] في النظر.

وقول المصنف: «بعد هلاك السلعة في يد المشتري»، احتراز من هلاكها في يد البائع؛ لأنه ينفسخ العقد.

وقوله: «وفسخ البيع بينهما» تحقيق لأثر التحالف، وأنه لا يمنع منه هلاك على ما يوهمه الخصم على ما تقدم في الطريقة الثانية، وقد يعترض على المصنف في تعليله بدفع الضرر، واستدراك الظلامة، ودعوى وجود ذلك بعد الهلاك بالرد بالعيب، فإن هذا المعنى موجود فيه، والحكم مفقود، وجوابه بالفرق على ما تقدم.

تنبيه:

علمت بما تقدم هنا مبالغة الأصحاب في تقرير أن العقد الذي يدعيه البائع مغاير للعقد الذي يدعيه المشتري وغير متضمن له، والرافعي[٢] وغيره من الأصحاب يقولون في ضابط التحالف: أن يختلفا في صفة عقد بعد الاتفاق على صحته، وهذا يوهم أن العقد الذي يدعيه المشتري يوافقه البائع على صحته، وهو خلاف ما تقرر في البحث مع الحنفية.

وطريق الجمع بين الكلامين: أن البيع الذي يدعيه البائع مغاير للبيع الذي يدعيه المشتري بالشخص قطعًا، وهذا هو المراد بالبحث مع الحنفية، ومع اختلافهما بالشخص هما عقد واحد بالنوع يجمعهما مسمى البيع، وهذا هو المراد من قول الرافعي[٣] وغيره في ضابط التحالف: أن يتفقا على عقد صحيح، أي: بالنوع كبيع أو إجارة أو صداق، ولا يلغى الاتفاق على جنس العقد والاختلاف في نوعه؛ كالبيع والهبة، وليس المراد أن يتفقا على صحة

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٢٣٢).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٥٣).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٥٣).

عقد واحد بالشخص ويختلفا في صفته؛ لأن تلك الصفة من جملة[1]، فالاختلاف فيها اختلاف فيه.

تنبيه آخر:

قول المصنف: «بعد هلاك السلعة في يد المشتري»، ظاهرة الهلاك الحسي والهلاك الشرعي في معناه، فإنه لو أعتق العبد أو باعه أو وهبه أو استولد الجارية ثم اختلفا بعد ذلك، تحالفا عندنا.

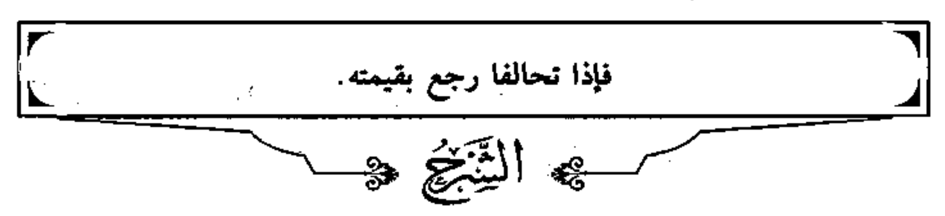
وأما مذهب أبي حنيفة[2]:



(١) هنا كلمة غير متضحة المعنى ورسمها (المشخلصات).

(٢) هنا سقط من الناسخ.

قال المصنف رحمه الله:



فإذا تحالفا رجع بقيمته.

الشرح

إذا تحالفا في الصورة التي تكلم فيها، وهي بعد هلاك المبيع إما حسًّا كالتلف، وإما شرعًا كالعتق والبيع والوقف والاستيلاد والهبة، رجع بقيمته أي: إذا فسخ على الصحيح، أو قلنا: ينفسخ بنفس التحالف على القول، فإذا كلام المصنف على المذهب لا بد فيه من إضمار تقديره تحالفا وفسخ، دل عليه قوله قبل ذلك: وفسخ البيع بينهما، ولو قال: فإذا فسخ رجع بقيمته كان أبين، وإنما ثبت له الرجوع إلى[١] بدله؛ لأنا [٢٧/١] نقدر كأنه تلف في يده على وجه السوم أو البيع الفاسد.

وأما قوله: «إنه يرجع بقيمته»، فهكذا أطلقه الأكثرون، وقال الماوردي: «إن كان مما لا مثل له وجب رد قيمته، وإن كان مما له مثل؛ **فعلى وجهين**:

أحدهما: عليه رد مثله كالمغصوب.

والثاني: وهو أصح أن عليه غرم قيمته؛ لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه بالعوض بخلاف الغصب»[٢].

فإن صح ما ادعى الماوردي أنه الأصح، فيكون إطلاق الأكثرين مستمرًّا، وإلَّا فيحمل على ما إذا كان متقومًا، وعليه حمله بعض الشارحين، وقد طرد الماوردي ذلك في المقبوض بالسوم والبيع الفاسد، وكل عقد مفسوخ، كلها يضمن المثلي فيها بالقيمة عنده.

---

(١) زيدَ هنا في المخطوطة: «إلى»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٤-٣٠٥). باختصار.

وقد قدمت في باب بيع الأصول والثمار، في فرع نقله أحمد بن بشرى في نصوص الشافعي، أنه إذا اشترى الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط التبعية وقطع منها شيئًا، قال الشافعي: «فإن كان له مثل رده، ولا أعلم له مثلًا، وإن لم يكن فقيمته»[١]، فهذا النص يدل على أن المثلي في البيع الفاسد يضمن بالمثل، كما هو القياس، وهو الأقرب.

وقول الماوردي: «أنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل، وإنما ضمنه بالعوض»[٢].

جوابه: أن ضمانه بالعوض قد زال بالفسخ، وصار كما لو لم يرد عليه عقد.

وحكمه: أن يضمن بالمثل، ثم إن الماوردي يطرد ذلك في المأخوذ بالسوم والبيع الفاسد، ويعلل بالعلة المذكورة، ولا يتم له فيهما دعوى أنه لم يضمنه بالمثل؛ لأنه إن أراد في زعمه، وأنه لم يأخذه على ذلك، فلا اعتبار بذلك، ألا ترى أن الغاصب لو ظن عدم الضمان أصلًا لم يلتفت إليه، وإن أراد في حكم الشرع، فهذا محل النزاع.

ونحن نقول: إنه يضمنه بالمثل، وإن أراد أنه دخل مع المالك على أن يضمنه بالعوض لا بالمثل، قلنا: ذلك بناء على ظن الصحة أو بقاء العقد، فأما عند الفساد، أو الانفساخ، أو التلف، أو التلف في المستام، قبل الشراء، فلم يتفقا فيها على شيء، ثم يلزمه على مساقه أن يوافق ابن خيران في إيجاب الأقل كما سيأتي، فقد تبين أن الظاهر والأوفق للقياس الذي لا معارض له، أنه يضمن المثلي بالمثل في البيع الفاسد والمفسوخ والمستام

(١) الأم (٣/ ٨٤).
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).

على ما قال الماوردي، لكن إطلاق كثير من الأصحاب يوافق الماوردي[١]، وإن كان بعض الشارحين يحمل ذلك الإطلاق على المتقوم.

فكتب: أود نقلًا آخر أعتضد به مع ما نقله أحمد بن بشرى، أو أقف على النص المذكور في كلام الشافعي، فإن كتاب أحمد بن بشرى المذكور غريب لم ينته عندي إلى قوة أن اقتصر عليه في النقل؛ لغرابته وغرابة مصنفه، وعدم خبرتي بحاله، ووثوقي بنسخته، وقد رأيت بعد ذلك في «الأم» في باب اختلاف المُسلِف والمُسلَف في الثمن بعد أن ذكر صورًا من التحالف والتفاسخ، قال: «فإن كان الثمن في هذا كله دراهم أو دنانير رد مثلها، أو طعامًا رد مثله، وإن لم يوجد رد قيمته، وكذلك لو كانت سلعة غير مكيلة ولا موزونة، ففاتت رد قيمتها»[٢]. انتهى.

وهذا النص من الشافعي بدل؛ لأنه يرد المثل في المثلي على وفق القياس.

ولذلك في «الأم» قبيل هذا الباب، قال الشافعي: «وإن أسلف [٢٧/ب] سلفًا فاسدًا وقبضه رده، وإن استهلكه رد مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل»[٣].

وإذا كان هذا نص الشافعي في المقبوض بالسلم الفاسد، فالمقبوض بالبيع الفاسد مثله، واندفع ما قاله الماوردي[٤] في البيع الفاسد.

فإن قلت: قد قال المصنف والماوردي أيضًا في العارية أن المستعار إذا كان مثليًا، **وقلنا**: يضمن بأقصى القيم ضمن بالمثل.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).
(٢) الأم (٣/ ١٣٩).
(٣) نفس المصدر (٣/ ١٣٨).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).

وإن قلنا: بقيمة يوم التلف ضمن بالقيمة، وهذا من المصنف تصريح بإيجاب القيمة في المستعار المثلي؛ لأن الصحيح عنده وعند غيره أن الاعتبار بيوم التلف، ويوافقه إطلاق كثير من الأصحاب: أن العارية يضمن بقيمتها يوم التلف، وإذا ثبت ذلك في العارية لم يبعد طرده في المستام والبيع الفاسد والمفسوخ، فكيف وإطلاق المصنف وغيره في هذه المسائل على ذلك، وفي ذلك أقوى شاهد من حيث النقل لما قاله الماوردي.

قلت: الظاهر أن مستند من قال ذلك في العارية أن المثلي ربما نقص بالاستعمال، فلو ضمنا المثل لكنا قد أوجبنا الأجزاء المستحقة، وهذا المعنى مفقود في المسائل التي نحن فيها على أن ذلك غير مسلم في العارية أيضًا، فقد نبه ابن أبي عصرون في «الانتصار» على أن أصح الطريق أنه يضمن المستعار المثلي بمثله.

والطريق الثاني: ما ذكره المصنف، ثم استدل بأن نقصان ما لا مثل له كان بالاستعمال المأذون فيه، والمثل لا ينقص بالاستعمال، فتعين المثل فيه.

وقال: قلته تخريجًا، ثم إنه جزم بذلك في «المرشد»، فهذه المسائل الأربعة: المستام، والبيع الفاسد، والمفسوخ، والعارية، قد ردت علينا بعد أن كنا نستبينها[1] على رأي الماوردي، والمصنف من ضمان المثلي بالمثل مع مسألتين أخريين صحيحتين؛ وهما: الماء في المفازة، ولبن المصرَّاة لا يضمنهما بالمثل، وإن كانا مثليين لعلة معروفة في غير هذا الموضع، والخمر في الصيف؛ كالماء في المفازة، وذلك مبين في باب الغصب.


ما ذكرناه من وجوب القيمة في الهلاك الحسي لا خلاف فيه، وهو كذلك في الهلاك الشرعي؛ كالاستيلاد، والعتق، والوقف، والهبة

المقترنة بالقبض والبيع إلَّا ما سنحكيه عن مذهب الفارسي، ولا أنقله عنه في الاستيلاد صريحًا بل في الأربعة الأخيرة.



قال المصنف رحمه الله:

ومتى يعتبر قيمته فيه وجهان؛ أحدهما: تجب قيمته يوم التلف.
الثاني: تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف.
وقد ذكرنا دليل الوجهين في هلاك السلعة في البيع الفاسد.



إذا أوجبنا القيمة إما في المتقوم قطعًا، وإما في المثلي على وجه، **فأي قيمة تعتبر فيه؟**

أربعة أوجه؛ الوجهان المذكوران في الكتاب، وعليهما اقتصر العراقيون والبغوي في «التهذيب»[(١)]، والجرجاني في «الشافي»:

[٢٨/أ]

الأول: قيمته يوم التلف؛ لأن مورد الفسخ العين لو بقيت، والقيمة خلف عنها، فإذا فاتت اعتبرت قيمتها من وقت فواتها[(٢)].

والثاني: أقصى القيم من القبض إلى التلف؛ لأن يده يد ضمان، وكان الفسخ ممكنًا في كل وقت من القبض إلى التلف هكذا وجهوه[(٣)].

والثالث: حكاه الشيخ أبو محمد اعتبار قيمة يوم القبض؛ لأنه يوم دخوله في ضمانه، فإن كانت زيادة بعد فهي في ملكه، وإن كان نقصان فهو من ضمانه، فلا يرجع ضرره إلى البائع[(٤)].

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٩).

(٢) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٣٥٨)، الغاية في اختصار النهاية (٣/ ٢٩٧)، كفاية النبيه (٩/ ٢٣٥)، الهداية إلى أوهام الكفاية (٢٠/ ٣٦٢).

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

الرابع: حكاه القاضي حسين ولم يذكر سواه، أنه يلزمه أقل ما كانت قيمته من يوم العقد إلى يوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة على ملك المشتري، وإن كانت أكثر من يوم القبض، فالنقصان حدث في ضمان البائع، فلا يغرم له، وما بعد القبض لا عبرة فيه بالزيادة والنقصان؛ لأن الزيادة حدثت على ملكه، والنقصان من ضمانه، ومنهم من يتساهل في إطلاق الأقوال على هذه الأوجه[١]، وهو الذي أورده في «المنهاج»[٢].

والأول: هو الأصح عند الغزالي[٣]، والرافعي في «المحرر»[٤]، وهو مقتضى إيراد صاحب «التهذيب»[٥].

والثاني: وهو الأصح عند الروياني في «الحلية»، وابن أبي عصرون ويقتضي كلام المصنف أنه الصحيح عنده؛ لأنه هنا الحلقة بالبيع الفاسد، وفي البيع الفاسد رجح الضمان بأقصى القيم، وقال عن الأول: إنه ليس بشيء.

والرابع: قال الإمام: «أنه أضعف الطرق»[٦]، وضعف الغزالي في «البسيط» وجوب أقصى القيم من جهة القياس، وكشف الغطاء في ذلك بذكر أمرين: أحدهما: قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه إن قلنا بالأول، فالواجب أقصى القيم، وإن قلنا بالثاني اعتبرنا قيمة يوم التلف، قال ابن الرفعة: «والثالث والرابع ناظران

(١) انظر: المراجع السابقة.
(٢) منهاج الطالبين (ص: ١٠٨).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٦).
(٤) المحرر (ص: ١٤٥).
(٥) التهذيب (٣/ ٥٠٩).
(٦) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٨).

بتعليلهما إلى أن الفسخ من حينه»[1].

قلت: وتعليلهما يقتضي ذلك، وإذا نظرنا إلى الخلاف مطلقًا أمكن أن يقال: أنا إذا قلنا: العقد يرتفع من أصله صار كالمقبوض بالعقد الفاسد، وفيه الأوجه الثلاثة، الأول: وإن قلنا من حينه فتعليل الأوجه الأربعة يرشد إلى جريانها، ويحتمل أن يقال: إن الوجه الرابع يمكن جريانه على القول بالارتفاع من أصله؛ لأنه ليس معنى ذلك يتبين بطلان العقد، بل ارتفاع آثاره على ما تقدم في باب الرد بالعيب.

وقد قلنا ها هنا: إن على هذا القول قد قيل: إن الزوائد لا ترد، فلا مانع من أن يقال أيضًا بالوجه الرابع على مساق ذلك، وإذا تحرر عندك ذلك عرفت أن الأوجه الأربعة جارية مطلقًا من غير بناء على الأصل المذكور، نعم تقوى إذا قلنا: يرتفع العقد من أصله وجوب أقصى القيم.

وقال صاحب «التتمة»: إن قلنا: يرتفع العقد من أصله، فكالمأخوذ بالسوم؛ يعني: فيأتي فيه الوجه الأول أقصى القيم، والثالث اعتبار يوم القبض؛ [٢٨/ب] ⇑ لأنه حكاهما في السوم، وعلى ما حكاه غيره يأتي فيه الوجه الثاني أيضًا.

قال: وإن قلنا: من حينه فأقل قيمة من العقد إلى القبض، كما هو الوجه الرابع، ولم يحك غير ذلك، والكلام عليه كما تقدم، وأما إلحاقه بالسوم فسيأتي الكلام فيه، والذين أطلقوا الخلاف من غير نظر إلى الأصل المذكور، منهم: من يُلحقه بالسوم، وممن فعل ذلك ابن الصباغ.

ومنهم: من يلحقه بالبيع الفاسد؛ كالمصنف، والمحاملي، والجرجاني والروياني في «الحلية».

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٢٣٥). بمعناه.

ومنهم: من يذكر تعليل كل وجه - كما ذكرناه - من غير تعرض للإلحاق بشيء من المسألتين.

وممن فعل ذلك الإمام[1]، وصاحب «التهذيب»[2]، ومما يجب البينة له أولًا أن الأوجه الثلاثة الأول جارية في البيع الفاسد والسوم «وكل ضامن غير متعدٍّ ولا متصرف في غصب»، هكذا قاله الإمام[3]، ثم إن الصحيح في البيع الفاسد الضمان بأقصى القيم، وهو الذي رجحه الأكثرون، وعليه يدل نصه في «المختصر» في باب الغصب[4] وهو الحق؛ لأنه مأمور بالرد في كل وقت، ولا يحل له إمساكه، كما صرح به الأصحاب.

وقول المصنف: في توجيه ضمانه «يوم التلف أنه مأذون في إمساكه» غير مُسَلَّم، ولذلك قال: «إنه ليس بشيء»، ويتأول ذلك على أن المراد أنه قبض بالإذن، وليس كالمغصوب على أنا نمنع الإذن؛ لأن الإذن إنما يستفاد من العقد، وقد تبين فساده وهو إنما أقبضه ظانًّا صحة العقد، فحيث لا عقد لا إذن، فلا إشكال في أن الصحيح في البيع الفاسد وجوب أكثر القيم، وأما السوم: فجماعة منهم الإمام، والمتولي اقتضى كلامهم التسوية بينه وبين البيع الفاسد.

لكن الرافعي قال في باب العارية: «أن الأصح في المأخوذ بالسوم على ما ذكره في «النهاية» أن الاعتبار بقيمة يوم القبض. قال: وقال غيره: الأصح فيه كهو في العارية»[5] يعني، فيعتبر يوم التلف.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

(٢) التهذيب (٣/ ٥٠٩).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٨٤).

(٤) مختصر المزني (٨/ ٢١٦).

(٥) فتح العزيز (١١/ ٢١٨). بتصريف يسير.

والذي يتجه عندي في المأخوذ بالسوم أنه لا يضمن بالأكثر؛ لصحة الإذن في قبضه في نفس الأمر بالتسوية بينه وبين البيع الفاسد الذي يجب رده في كل لحظه بعيد، ومسألة التحالف التي نحن فيها مترددة تشبه البيع الفاسد من جهة تقدير انفساخ العقد، وارتفاع أثره يشبه السوم من جهة أنه مقبوض بحق، وكان مأذونًا له في إمساكه قطعًا ظاهرًا أو باطنًا، فإن فرعنا على انفساخ العقد من أصله، فالوجه وجوب أقصى القيم.

وعلى المذهب الصحيح ارتفاعه من حينه، فإلحاقه بالسوم والعارية أشبه من إلحاقه بالبيع الفاسد، بل هو أولى من السوم، والعارية باعتبار حالة التلف؛ لتحقق الملك فيه وعدم ارتفاعه إلَّا من حينه، وذلك الوقت الذي تعلق حق البائع بها، فإذا فاتت رجع إلى قيمتها ذلك الوقت.

وقول صاحب الوجه الثالث: أن الزيادة بعد القبض في ملكه مسلم، ولكن هو لو كان باقيًا وجب رده ولا تصر تلك الزيادة أو النقصان، فكما لا ينظر إليهما عند وجوده، فكذلك عند تلفه، فقد تبين أن الأصح وجوب قيمة يوم التلف، كما صححه الغزالي[1]، والرافعي[2] [١/٢٩] والأَرْغِيَاني[3] في «فتاوى النهاية»، ومن القائلين بهذا الوجه من يقيسه على العارية.

وأما الوجه الرابع، فيظهر ضعفه مما سنذكره.

واعلم أنه تقدم في باب بيع المصراة، والرد بالعيب أن في القيمة المعتبرة لمعرفة الأرش وفيما إذا تلف أحد العبدين ووجد عيبًا بالباقي، وجوزنا

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٦).

(٢) فتح العزيز (١١/ ٢١٨).

(٣) هو: محمد بن عبد الله بن أحمد الأرغياني، أبو نصر، من أهل أرغيان (من نواحي نيسابور) انتقل إلى نيسابور وتوفي بها: (٥٢٨ هـ = ١١٣٤ م). تفقه على إمام الحرمين. وصنف «الفتاوى» في مجلدين ضخمين، ويقال لها: «فتاوى الأرغياني». انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٦/ ١٠٨)، طبقات الشافعيين (ص: ٥٧٧).

إفراده بالرد واسترجاع حصة التالف من الثمن ثلاثة أوجه، والصحيح منها هناك اعتبار أقل القيمتين، ولم يقل أحد هناك بالوجه الثاني هنا، وهو اعتبار الأكثر ولم كان كذلك، وكان الأصح هنا غير الأصح هناك؟

قال الرافعي: «يجوز أن يكون السبب فيه ما أشار إليه الإمام - وقد رأيته في كلام الإمام[١] - وهو أن النظر إلى القيمة هناك ليس ليغرم، ولكن ليعرف منها الأرش الذي هو جزء من الثمن، وتوزيع الثمن على قيمة التالف والباقي»[٢]، وذلك يستدعي لا محالة نظرًا إلى يوم العقد.

وقد يظن ظانٌّ أن الاعتبار بحالة الضمان فعنده قرر الضمان، فأما اعتبار التلف، فلا يقتضيه هذا الأصل والقيمة في مسألتنا مغرومة، فاعتبار العقد فيها بعيد، واعتبار التلف قريب، فليفصل الناظر بين البابين.

وإذا قلنا فيما إذا تلف أحد العبدين: إنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويسترد جملة الثمن، فقيمة التالف مغرومة، فالقول فيه كالقول في مسألة التحالف قاله الإمام[٣]، أي: فيأتي فيها الأوجه الأربعة، ويكون الأصح فيها اعتبار قيمة يوم التلف، وقد قدمته في ذلك الباب.

ومن كلام الإمام هذا يظهر ضعف الوجه الرابع هنا الذي هو الأصح في ذلك الباب فيما إذا كانت القيمة معيارًا، لكنا قد قدمنا في باب الرد بالعيب وبه جزم الرافعي: «أن المشتري إذا رد المبيع بالعيب والثمن بألف يرجع بمثله، إن كان مثليًا، وقيمته إن كان متقومًا أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض»[٤] وهي مغرومة، وقد نظروا فيها إلى العقد، وهو يشكل على ما قاله الإمام إن كان الأمر، كما قال الرافعي هناك.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٩٥).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

(٤) فتح العزيز (٨/ ٣٤٢-٣٤٣).

ولما ذكر ابن الرفعة ما قاله الإمام هنا في مسألة العيب قال: ومن هذا إن صح بنا الخلاف في مسألة التحالف «على أن الفسخ به يرفع العقد من أصله أو من حينه»[(١)]، وصح أن الحكم في مسألة العيب، كهو في التحالف يتعين إثبات خلاف في أن انفساخ العقد بعد قبض المبيع بالرد بالعيب يرفع العقد من أصله أو من حينه، وإن كان الإمام[(٢)] والغزالي[(٣)]، قد قالا بأنه يرفع العقد من حينه، وإنما الخلاف في رده بالعيب قبل القبض.

قلت: لو صح هذان الأمران، وأن لا مأخذ للخلاف سوى البناء على الأصل المذكور لزم، لكنا قد بينا أن الخلاف يمكن جريانه مطلقًا، وأن الأكثرين لم ينبوه على ذلك، ولا الإمام والغزالي لم يتعرضا لما قاله الشيخ أبو علي من البناء عليه، فلذلك لا يلزمهما إثبات الخلاف فيما بعد القبض.

وقد تقدم عن المتولي في باب العيب إثباته، فلعَل من يقول به هو الذي يقول هنا بالبناء المذكور من لا يقول [٢٩/ب] به في العيب يثبت الخلاف هنا فيه، وفي مسألة العيب لمأخذ آخر، وهو ما تقدم في تعليل الأوجه.

ويحتمل: أن بعض من بناه على ذلك يقول به في التحالف خاصة، ويثبت الخلاف في أنه ينفسخ من أصله أو من حينه فيه، ويكون الخلاف عنده فيه له مأخذان هذا وغيره.

وفي مسألة العيب يثبت الخلاف للمأخذ الآخر للبناء على الارتفاع من أصله أو من حينه، فلا يلزم إثبات الخلاف في الارتفاع من حينه أو من أصله بعد القبض في مسألة العيب.

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٠١).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٦).

فرع قال الغزالي في «الوسيط» بعد أن ذكر الأوجه الأربعة في اعتبار القيمة: إن ذلك الخلاف يجري فيما «إذا اشترى عبدين وتلف أحدهما وتحالفا، وقلنا: تضم قيمة التالف إلى القائم»[1].

قال ابن الرفعة[2]: هذا يفهم أن لنا خلافًا في أنه هل يرد مع القائم قيمة التالف أو لا، وهذا لا يعرفه في كلام غيره.

نعم! يجوز أن يثبت الخلاف في جواز رد الباقي وقيمة التالف أو رد قيمتهما معًا؛ نظرًا إلى أن الصفقة لا تفرق، كما مثله في الرد بالعيب أنه يرجع بأرشهما معًا، ويجوز أن يقال على تقدير إثبات الخلاف في رد القائم مع قيمة التالف، أو رد قيمتهما معًا بعد الفسخ بالتحالف: أن مأخذه النظر إلى جعل الفسخ بمنزلة ابتداء العقد حتى يقول: لا يرد على الآبق، بل على قيمته، فإنه إذا كان لذلك كان في وروده على الباقي وقيمة التالف الخلاف في تفريق الصفقة في الحكم؛ لأن بيع الأعيان يخالف حكمه حكم ما في الذمة، وكل هذا بحث، ولم أر فيه نقلًا، فليتأمل.

قلت: والعجب منه رحمه الله فإن الخلاف في رد الباقي، وقيمة التالف ذكره الرافعي، وقال: «فيه الخلاف المذكور في مثله إذا وجد الباقي معيبًا، إن قلنا: يرد فيضم قيمة التالف إليه، وفي القيمة المعتبرة هذه الأوجه»[3].

وأما جعل مأخذه النظر إلى جعل الفسخ بمنزلة ابتداء العقد فضعيف؛ لأن القائل بامتناع ورود الفسخ على الآبق يجوزه على القيمة، كما في التالف، والقائل بجوازه يجعل القيمة للحيلوله، ويجب ردها عند عود

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٦). بتصريف يسير.
(٢) انظر: كفاية النبيه (٩/ ٣٠١).
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٩٤).

الآبق، فحكم القيمة مخالف لبيع العين على كل تقدير، فلو صح ما قاله ابن الرفعة لكان مأخذه الخلاف في تفريق الصفقة في الأحكام، لا جعل الفسخ بمنزلة العقد أو لا.



قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

[وإذا][1] زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن، وجب ذلك، وحكى عن أبي علي بن خيران أنه قال: ما زاد على الثمن لا يجب؛ لأن البائع لا يدعيه، فلم يجب، كما لو أقر لرجل بما لا يدعيه، [والأول هو المذهب][2]؛ لأنه بالفسخ سقط اعتبار [الثمن، فصار الاعتبار بالقيمة، فوجب أن يجب قدر القيمة][3].



الشرح

وجوب القيمة سواء أكانت أزيد من الثمن أو أقل قطع به الأكثرون منهم الماوردي[4]، والقاضي الحسين، والرافعي[5]، لما ذكره المصنف ونص عليه الشافعي في «الأم» في باب اختلاف المسلف والمسلف في الثمن، وما قاله ابن خيران حكاه المصنف، والشاشي في «الحلية»، والروياني[6] وغلطه، [١/٣٠] ⇑ والنووي في «الروضة»[7] وضعفه.

قال ابن الرفعة: «وهو نازع إلى أن الفسخ لا ينفذ في الباطن»[8]، فإنه إذا كان كذلك لم يستحق الزائد، كما لا يستحقه إذا استرد العين عند بقائها

---

(١) في المطبوع من المهذب: «فإن».

(٢) في المطبوع من المهذب: «والمذهب الأول».

(٣) ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع من المهذب.

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٤).

(٥) فتح العزيز (٩/ ١٩٤).

(٦) بحر المذهب (٥/ ١٣).

(٧) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٤).

(٨) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٢).

وباعها كلها بأكثر مما يدعيه من الثمن؛ لكونه لم يجد من يشتري بعضها، فإن القدر الزائد على ما يدعيه لا يكون له، بل يكون في يده ملكًا للمشتري، بخلاف ما إذا قلنا: إن الفسخ ينفذ في الباطن، فإن كل المبيع يرجع إليه زادت قيمته أو نقصت.

قلت: ويشهد له ما حكاه المصنف من التعليل وقياسه على الإقرار الذي هو حجة في الظاهر فقط، غير أنه يخدشه شيء، وهو: إن جعلنا المبيع في يده إذا استرده بمنزلة المأخوذ بالظفر إنما هو في الباطن، أما في الظاهر فهو محكوم له به كله، وكلام ابن خيران هنا ظاهره أنه فيما يحكم به الحاكم ظاهرًا، فلا يحسن بناؤه على ذلك.

وفائدة التحالف عند ابن خيران أنه إذا فسخ يستحق البائع ما ادعاه من الثمن زائدًا على قول المشتري؛ إذ لو لم يفسخ لم يعطه المشتري إلَّا ما أقر له به من الثمن الناقص، وفائدته عندنا الرجوع إلى القيمة بكل حال، ولو فرضنا أن القيمة أقل من الثمن الذي أقر به المشتري، فقد يقال: ينبغي ألَّا يجري التحالف؛ لأنه لا فائدة فيه؛ لأن مقدارها واجب بقي العقد أو فسخ، فإن ذلك القدر مستحق على كل حال، والعقود تُصان عن الفسخ، فينبغي أن يشرع التحالف حينئذٍ لا فائدة، فأي فائدة للتحالف ومقدار القيمة مستحق على التقديرين، والزائد عليها إلى مقدار الثمن الناقص مستحق عند بقاء العقد باعترافهما، والزائد على ذلك مما يدعيه البائع لا يجب له.

وإن قيل: إن المقصود بالتحالف أن المشتري قد يعرف عند عرض اليمين عليه، فيحصل للبائع غرضه من إثبات الثمن الزائد، وكل منهما قد يقصد تصديق قوله، فيقول: هذا صحيح، ولكن ينبغي إذا تم التحالف لا يشرع لهما إنشاء الفسخ إذا كانت القيمة مساوية للثمن الناقص؛ إذ لا فائدة فيه.

نعم؛ للمشتري حينئذٍ فيه فائدة، وهو النقص عما أقر به من الثمن وغاية

ما يتعذر به عن هذا أن على تقدير بقاء العقد يكون ذلك القدر مستحقًا عن جهة الثمن، وعلى تقدير الفسخ يكون عن جهة القيمة، وقد يكون لأحدهما غرض في اختلافهما.

وقد ذكرت الحنفية من جملة اعتراضاتهم علينا في التحالف بعد التلف أنكم حكمتم للبائع بأكثر مما يدعي، أو على المشتري بأقل مما يغرمه.

وأجاب أصحابنا: بأنا فسخنا العقد، فهذا غير ما يبدأ أعيانه، كما أن عند قيام السلعة يحكم للبائع بالعين ولا يدعيها، ولم ينقل الأصحاب هذا الوجه في هذا الباب إلا عن ابن خيران، وفي الصداق نقلوه عنه، وعن ابن الوكيل[1]، فالظاهر أن ابن الوكيل يوافقه هنا أيضًا.



(١) هو: عمر بن عبد الله بن موسى، أبو حفص، ابن الوكيل، المعروف بالباب شاميّ. من أئمة أصحاب الوجوه ومتقدميهم. تفقه على الأنماطي، وتوفي ببغداد سنة (٣١٠هـ). انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٣/ ٤٧٠)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٩٧).

قال المصنف رحمه الله:

[وإن اختلفا في قيمة][(١)] السلعة، فالقول قول المشتري؛ لأنه غارم، فكان القول قوله كالغاصب. [٣٠/ب]

الشرح

هذا لا خلاف وقاسه على الغاصب؛ لأن أسوأ الدرجات أن يكون مثله، ومع ذلك، فالقول قوله في القيمة، ولو أقام البائع بينة سمعت، وتفاصيل ذلك مذكورة في باب الغصب، والمراد هنا: أن يختلفا في قيمته في اليوم الذي نعتبره على الأوجه المتقدمة.

فرع ذكر المصنف الحكم عند تلف المبيع، وأنه يرد القيمة، ولا شك أن للمبيع أحوالًا:

أحدها: أن يكون تالفًا، وقد عُرِفَ حكمه.

والثاني: أن يكون باقيًا بحاله من غير زيادة ولا نقصان، وحكمه بعد التحالف الفسخ بعينه، وسكت عنه المصنف فيما تقدم؛ لوضوحه ومعرفته من قوة كلامه.

والثالث: أن يكون باقيًا، ولكن حدث له تغير.

وفيه مسائل: إحداها: إذا حدث به عيب رده مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة؛ لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة، فيكون البعض مضمونًا ببعض القيمة بخلاف ما إذا تعيب المبيع في يد البائع، وأفضى الأمر إلى الأرش يجب جزء من الثمن؛ لأن الكل مضمون على البائع

(١) ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع من المهذب.

بالثمن، فلذلك بعضه ببعضه.

قال الشيخ أبو علي: هذا أصل مطرد في المسائل أن كُلَّ موضع لو تلف الكل كان مضمونًا على الشخص بالقيمة، فإذا تلف بعضه كان[1] مضمونًا عليه ببعض القيمة كالمغصوب وغيره إلَّا في صورة: وهي إذا عجل زكاة ماله، ثم تلف ماله قبل الحول، وكان ما عجل تالفًا؛ يغرم المسكين القيمة، ولو كان معيبًا، ففي الأرش وجهان، وهذه المسألة مبنية موضعها، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها، وكذلك الإمام[2] قال باطراد الأصل المذكور وانعكاسه.

وَحُمِلَ نص الشافعي على أن الإمام يخرج من المال العام أرش الشاة التي عابت في يد المسكين، ويضمه إلى الشاة ولا يغرمه للمسكين على الاستحباب عند اتساع المال.

وقال: لا يجوز أن يعتقد خلاف هذا الأصل، وأنه منعكس، فإن المبيع إذا عاب في يد البائع لم يلتزم البائع للمشتري أرش العيب؛ لأن المبيع لو تلف في يده لم يلتزم قيمته، بل الحكم الانفساخ، ولا يمكننا أن نثبت في العيب الانفساخ، فإن الفائت بالعيب جزء ليس مقصودًا مفردًا على حاله، فكان أقرب الأمور يخير المشتري في الفسخ.

قال ابن الرفعة: «**وهذا الأصل يُسْتثنى منه مسائل:**

منها: المسألة التي نحن فيها، فإن الإمام حكى في آخر «النهاية» عن الشيخ أبي علي أنه تشبث بإجراء الخلاف فيها بعد أن قال: إن صاحب الوجه بعدم الرجوع بالأرش إن طرده فيها كان قريبًا من حرف الإجماع.

ومنها: لو رد المبيع بعيب، فوجد الثمن قد تعيب في يد البائع، كان

---

(١) زيد هنا في المخطوطة (كان) وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

المشتري مخيرًا بين أن يبيع به ولا أرش له، وبين أن يأخذ القيمة على أحد الوجهين.

ومنها: لو تعيب الصداق في يد الزوجة قبل الطلاق، وعاد الشطر إليه لم تغرم الزوجة الأرش إذا اختار الزوج الرجوع إلى الشطر، ولو تلف لغرمت نصف القيمة على ما حكاه الغزالي.

ومنها: اللقطة إذا حضر مالكها وقد تعيبت في يد الملتقط، فإنه يجري فيها مثل هذا الخلاف، مع أن ذلك [١/٣١] لو تلف لرجع بالقيمة.

ومنها: القرض إذا تعيب في يد المقترض، فإنه مخير، إن شاء رجع فيه ناقصًا ولا أرش له، وإن شاء رجع بمثله إن كان من ذوات الأمثال، كما حكاه الماوردي ولم يحكِ سواه، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف كل هذه الصور خارجة من القاعدة في المطرد، وأما في العكس فلا يخرج منها شيء نعلمه الآن»[١].

نعم المشتري من الغاصب إذا تلفت العين في يده وغرم قيمتها لا يرجع بها على الغاصب، ولو تعيبت في يده وغرم الأرش يرجع به على الغاصب، كما حكاه الغزالي[٢] عن نص الشافعي، ومع هذا يصح أن يقال: يد ضامنة يستقر عليها ضمان الكل، ولا يستقر عليها ضمان البعض، وهو خارج عن اتباع الجزء الكل أيضًا، يعني: فترد على الطرد من هذا الوجه وعلى العكس من جهة الغاصب يرجع عليه بالبعض دون الكل.

قلت: وهذه الصور الست لا ترد على الإمام، وقد تعرض ابن الرفعة في «شرح الوسيط» لعدم ورودها عليه، أما الخلاف في مسألة التحالف، فهو ضعيف جدًّا، والإمام ذكر في آخر «النهاية»[٣] أن ذلك خرق الإجماع

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٤).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٧).

(٣) نهاية المطلب (١٩/ ٤٧٥).

والصور الخمسة الباقية ذلك فيها مفروض فيما إذا كان الرجوع إلى العين بالاختيار حيث نقول له: ألَّا يرجع فيه ويرجع في بدلها، والقاعدة التي ذكرناها فيما إذا كانت العين ترجع إليه لا محالة، كما في التحالف والزكاة المعجلة، فلا يرد ذلك عليها؛ ولهذا إذا قلنا: يرد الثمن إليه عند رد المبيع بالعيب قهرًا ولا يخير وكان معيبًا يثبت له الأرش.

قال ابن الرفعة: «ومن هنا يُعْرَفُ أن الخلاف الذي تشبث به الشيخ أبو علي في التحالف: أن البائع هل يرجع بعد التحالف إلى الغير والأرش أو يخير بين أن يأخذ بدلها أو يقنع بها ولا أرش له، كما في مسألة الرد بالعيب، لا أنه يرجع في العين حتمًا، ولا يكون له الأرش»[1].

قلت: وهو كذلك، والإمام إنما حكاه في آخر «النهاية»[2] على هذا الوجه، فإنه حكاه في مسألة الثمن إذا تعيب، ثم قال: إن ذلك الوجه إن طرد في التحالف؛ كان خرقًا للإجماع، وإن سلم بطل في العيب أيضًا، ثم قال: وتشبث الشيخ أبو علي بإجراء الخلاف في مسألة التحالف، فليس مراده إلَّا الخلاف المذكور، وهو تخيير المشتري.

وعلى كل حال، فالتنبيه على هذه المسائل وأجوبتها مما يستفاد، والمذكور في مسألة الصداق من تخيير الزوج بين الرجوع إلى قيمة النصف السليم والرجوع إلى نصف المعيب من غير أرش هو ظاهر المذهب، وفيه احتمال للإمام أقامه الغزالي[3] وجهًا أن عليها الأرش؛ أخذًا من القاعدة المذكورة، واستناد الإمام[4] في هذه المسألة إليها يدل على أنها من

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٣). بمعناه.
(٢) نهاية المطلب (١٩/ ٤٧٥).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٧). بتصرف يسير.
(٤) نهاية المطلب (١٩/ ٤٧٥).

القاعدة، ويرد العذر المتقدم عنه، لكنه لمخالفته فيها، فإما أن يجعل ذلك الاعتذار عن المذهب، وإما أن ينظر في صحة القاعدة، وكذلك المذكور في رد المعيب بعد تعيب الثمن هو الصحيح عند الأكثرين [٣١/ب].

وقد قدمت في باب الرد بالعيب فيه، وفي مسألة الصداق وجهًا، وللإمام في مسألة العيب احتمال أيضًا، والأصح في اللقطة غرامة الأرش؛ جريًا على مقتضى القاعدة.

❑ وأما مسألة القرض ففرق الماوردي[1] بينها، وبين المغصوب بأن القرض يزيل الملك، والغصب لا يزيل الملك، وفرق في القرض بين المثلي والمتقوم بأن ماله مثل ليس للقيمة فيه مدخل، فكذلك الأرش وما لا مثل له لمَّا دخلته القيمة دخله الأرش، وها هنا في المتقوم كذلك، والمثلي لم يدخل في القاعدة، وإنما يردُّ لو جعل ضمان الأرش تابعًا لضمان الكل مثليًّا كان أو متقومًا، وإنما كان الحكم في القرض كذلك؛ لأن المقرض حقه ثابت في البدل وهو المثل في المثلي، والقيمة في المتقوم.

وله استرجاع العين إذا كانت باقية بحالها على الصحيح، فإن قنع بها فذاك، وإلَّا ففي المثل ليس إلَّا المثل الواجب؛ إذ في تكليف المقرض رد العين مع الأرش خروج بالكلية عن الواجب، وأما في المتقوم، فإيجاب الأرش مع رد الغير ناقصة، ليس فيه خروج عن الواجب، فإن الأرش بعض القيمة الواجبة، والعين الناقصة بعض الواجب، هذا ما ظهر لي في تعليل قول الماوردي[2] إن كان الأصحاب يوافقونه عليه، وقياسه أن يقول بمثله فيما إذا رد المبيع بعيب، وقد عاب الثمن المثلي في يد البائع. لكنا قدمنا أن أكثر الأصحاب قالوا بذلك، فيما إذا كان الثمن متقومًا أيضًا، وكذلك

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٥).

(٢) المصدر السابق، نفس الموضع.

مسألة الصداق، فهذه المسائل تحتاج إلى تأمل.

❑ ومسألة الشاة المعجلة من جنسها، والأصح فيها عدم وجوب الأرش، وقد رأيت أنا من جنس هذه المسائل على وجهٍ مسألةً؛ وهي أن المستعار إذا تلف كله في يد المستعير في غير الوجه المأذون فيه ضمنه المستعير على المشهور في المذهب الذي لا يكاد يعرف خلافه إلَّا قول غريب، وإذا تلف جزؤه بغير السبب المأذون فيه؛ **ففيه وجهان**: أصحهما الضمان، فعلى الوجه الآخر: تُسْتَثْنَى هذه المسألة من طرد القاعدة، ويمكن[1] أن تورد من وجه آخر، فإن المستعار إذا تلف كله في الوجه المأذون فيه ضمن في وجه مشهور، وإن كان الأصح خلافه.

والأجزاء المستحقة مع بقاء الثوب لا تضمن إلَّا على وجه ضعيف، ومهما اختلفا في الأرش، فالقول قول المشتري، كما لو اختلفا في القيمة.

المسألة الثانية: أن كل واحد من التلف والتعييب قد يكون حقيقيًّا، وقد يكون حكميًّا، فالتالف الحكمي الوقف والعتق والبيع والهبة مع الإقباض، وقد قدمنا ذلك، فتجب القيمة، وهذه التصرفات ماضية على الصحة.

وقال أبو بكر الفارسي: يتبين بالتحالف فسادها وترد العين، والصحيح الأول، وقد تقدم من ذلك عند التفريع على الانفساخ بنفس التحالف ما فيه الكفاية، والتعييب الحكمي كتزويج الأمة أو العبد، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، وإن وطئها [١/٣٢] الزوج، فإن كانت[2] ثيبًا، فلا شيء بسببه، وإن كانت بكرًا، فافتضها غرم المشتري أيضًا أرش البكارة، ويعود إلى البائع، والنكاح صحيح.

---

(١) في المخطوطة رسمت هكذا: «ويمن». والمثبت أقرب للصواب.

(٢) في المخطوطة: «كان»، والمثبت هو الصواب.

وعن الفارسي: أنه يبطل النكاح، ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا أو قبل أن يتحالفا لم يمتنع الفسخ، ولا التحالف قطعًا؛ لأنه لا يزيد على هلاكه ويغرم المشتري قيمته؛ لتعذر حصوله، وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة على المذهب الجديد في امتناع بيع المكاتب.

وإن رهنه فالبائع بالخيار إن شاء صبر إلى فكاكه بشرط ألَّا يفسخ الآن على تسببه عليه، وإن شاء أخذ القيمة، وإن أجره بنى على جواز بيع المستأجر إن منعناه، فكما لو رهنه، وإن جوزناه فللبائع أخذه، لكن ينزل عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المسماة للمشتري، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية، وإن كان أجَّره للبائع فله أخذه قطعًا.

وفي انفساخ الإجارة وجهان، كما لو باع الدار لمستأجرها إن قلنا: لا ينفسخ، فعلى البائع الأجرة المسماة للمشتري، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع.

واعلم أن هذه المسائل الأربعة: مسألة الإباق، والكتابة، والرهن، والإجارة، تشترك في وجوب القيمة بعد الفسخ، وتشارك التلف الحسي في ذلك، وتفارقه وتفترق فيما بينها في شيء، وهو أن الفسخ في التلف الحسي يرد على القيمة قطعًا.

وفي الصور الأربعة اختلفوا هل يرد على القيمة كما في التلف الحسي أو على العين وتؤخذ القيمة للحيلولة؟

والخلاف في الصور الأربعة على مراتب، ففي الآبق وجهان: أحدهما: أن الفسخ يرد على قيمته؛ لامتناع تملك الآبق بالبيع، فكذا بالفسخ وتعذر لامتناع تملكه؛ كالتالف وأصحهما على ما ذكره القاضي الحسين والإمام[1]

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٥٩).

والرافعي[١] وهو الحق أن الفسخ يرد على عينه؛ لأنها هي المعقود عليها، وقد ارتفع العقد فعادت إلى ما كانت عليه قبل العقد وتدخل في ملك البائع، ولكن يجب على المشتري القيمة للحيلولة؛ لأن الإباق وجد في يده فشابه المغصوب إذا أبق من يد الغاصب.

وفي المكاتب والمرهون طريقان: إحداهما: أنه كالآبق، فيجري فيه الوجهان، وأصحهما القطع بأن الفسخ وارد على القيمة، ويبقى الملك في المكاتب والمرهون للمشتري، وهذه طريقة الشيخ أبي[٢] محمد، واستدلوا لها بخروج المكاتب والمرهون عن قبول التصرف لنقص في الملك بخلاف الآبق، فإن منع التصرف فيه لا لنقص في ملك الرقبة، وإنما هو للعجز عن تسليمه؛ ولذلك يرجع البائع عند فلس المشتري في الآبق، ولا يرجع [فيه][٣]، والمكاتب. والعين المستأجرة هل هي كالمرهون والمكاتب أو كالآبق؛ لأن حق المكتري لا يتعلق بمورد البيع والفسخ وهو الرقبة، فيه احتمالان للإمام أظهرهما عنده الثاني، والاحتمال الأول لعل مأخذه أن مورد الإجارة العين، كما هو رأي أبي إسحاق، وهو الذي قاله القاضي حسين؛ أعني الاحتمال الثاني.

فحصل من ذلك أن ⇑ [٣٢/ب] الفسخ يرد على القيمة في الآبق على غير الأصح والمستأجر أولى، والمرهون والمكاتب أولى، وهو الأصح فيه.

قال ابن الرفعة: «ومثل هذا الخلاف يشبه أن يكون فيما إذا اطلع البائع على عيب بالثمن المعين، وقد ضل المبيع أو أبق، فردَّ الثمن بالعيب هل يرد الفسخ على القيمة أو على العين»[٤].

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٩٤).

(٢) في المخطوطة: «أبو».

(٣) في المخطوطة: «في».

(٤) كفاية النبيه (١٠/ ٤٧٣). بمعناه.

وحقيقة الخلاف ترجع إلى أنا هل نلاحظ في الفسوخ بالنسبة إلى الملك شرائط العقود أو لا؟! ولأجل ذلك جرى الخلاف فيما إذا باع حليًّا زِنتُه ألف بألف، ثم اطلع على عيب به بعد حدوث عيب انكسار به عند[1] المشتري، فهل يلاحظ فيه قاعدة الربويات حتى يمتنع أخذ الأرش عن القديم أو الحادث أو لا يلاحظ؟ بل يغرم البائع أرش العيب القديم، وإن كان الغزالي جعل باديه غير ذلك، وشاهد ما ذكرته طَرد الخلاف فيما إذا غصب حُليًّا زنته ألف وقيمته أكثر من ذلك، وتلف في يده، وهو من جنس نقد البلد.

قلت: وإطلاق القول بأنه يُرَاعى في الفسوخ شرائط العقود يقتضي ألَّا يجوز رجوع البائع عند فلس المشتري في الآبق، وقد تقدم خلافه.

ومسألة الحلي قد تقدم إشباع الكلام فيها، ولا يلزم أن يكون مأخذها ما ذكر، وليس في مسألة الغصب شاهد بَيِّن لما ذكره؛ لأنه لا فسخ فيها. والله أعلم.

إذا عرفت هذا الخلاف في مسألة الإباق والكتابة والإجارة والرهن، ففائدة إذا عاد الآبق أو زالت الكتابة والرهن والإجارة، فإن قلنا: الفسخ وارد على القيمة، كما في التلف فلا يجب على المشتري رد الآبق والمكاتب والمرهون والمؤجر بعد زوال الموانع على البائع لبقائهم على ملكه، ولا يلزم البائع قبوله، وليس للمشتري المطالبة بما بدل من القيمة فلو تراضيا على رده جاز.

قال ابن الرفعة: لكنا هل نجعل تراضيهما بمنزلة ابتداء ابتياع حتى يشترط فيه ما يشترط في الابتداء؟! فيه نظر، واحتمال يقرب مما إذا قلنا تنفيذ الوارث للوصية ابتداء عطية منه.

---

(١) في المخطوطة: «عبد».

قلت: وتخريجها على ذلك بعيد؛ لأن من اكتفى بالإجارة في الوصية اعتمد الخبر، والوجه هنا القطع باشتراط شروط الابتداء. والله أعلم.

وإذا قلنا بأن الفسخ وارد على الغير، فهي على ملك البائع، والقيمة التي أخذها للحيلولة، فإذا زالت الموانع ثبت للمشتري رد العيب واسترداد القيمة عند ارتفاع الحيلولة، فهذه فائدة في الخلاف في المتعقب.

ومن فوائده في الحال: أن البائع لو قال: لا آخذ القيمة وأصبر إلى رجوع الآبق، فتقدم أولًا ما قاله الإمام في المرهون، حكى الإمام بعد حكاية الطريقين في المرهون والمكاتب: أن الشيخ أبا علي قال عند جريان التحالف[1] والمبيع مرهون: «لو اختار البائع الفسخ والرجوع إلى القيمة، فله ذلك، ولو قال: أصبر حتى يفك الرهن، فله ذلك.

قال الإمام: وهذا عندما يخرج على ما ذكرناه، فإن عجل الفسخ وأراد القيمة أجيب [١/٣٣] إليها.

ثم القول في المرهون عند انفكاك الرهن هل يعود إليه؟ على ما مضى، وإن لم يرد القيمة.

وقال: أؤخر إلى انفكاك الرهن، فيخرج الخلاف المتقدم.

إن قلنا: الملك في المرهون ينقلب إليه، فله أن يؤخر طلب القيمة، وهذا يُنَبِّه على أصل، وهو أن كل ما يجب بدله لمكان الحيلولة وكان زوالها ممكنًا، فإن طلبه ذو الحق لزم إسعافه، وإن لم يطلبه، فأراد الضامن أن يجبره على قبوله، فإن الأصح أنه يجبر على القبول، فنقول في مسألتنا: إن قلنا: أصل حق البائع القيمة، ولا معدل عنها، فيظهر إجباره على قبولها»[2]. انتهى

---

(١) زيد هنا في المخطوطة «التحالف» وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٦١).

كلام الإمام، وهكذا وجدته في «النهاية» في نسختين، وفيه إشكال في قوله: الأصح أنه يجبر.

وقد نقل ابن الرفعة كلام الإمام إلى قوله: فإن طلبه ذو الحق وجب إسعافه، وإن لم يطلبه لم يجبر عليه، وليس كما لو أراد مَنْ عليه دين مستقر أن يجبر مستحقه على قبوله، حيث يجبر على الأصح، وهذا الذي نقله ابن الرفعة جيد من جهة المعنى، لكني لم أره في «النهاية» في هاتين النسختين.

ثم قال ابن الرفعة: وهذا ظاهر إذا كان تأخير الطلب إلى الفكاك بعد فسخ العقد أو انفساخه.

أما لو قال: أنا أنتظر بالفسخ الفكاك، فهل له ذلك أو لا؟! الكلام فيه ينبني على أن حق الفسخ بعد التحالف، هل يكون على الفور أو لا؟! والذي يشبه أن لا حتى لو لم يفسخاه على الفور كان لهما ولأحدهما فسخه بعد ذلك لبقاء الضرر المحوج إلى الفسخ، وإذا كان كذلك لم يتجه إجبار البائع على قبول القيمة بحال عند اختياره الانتظار بالفسخ، اللهم إلا أن يختار المشتري الفسخ في الحال، فإنه ثابت له في الظاهر، وإن كان كاذبًا في نفس الأمر، فعند ذلك يطرقه ما ذكره الإمام قال: والمذكور في «الحاوي»[1] أن التحالف والفسخ إذا وُجِدَ والمبيع مرهون لا ينفسخ، وهل له أن يأخذ المشتري بفكاكه قبل محله؟! فيه وجهان، كَمَن أذن لغيره في رهن عبده، فإن منع في الرهن ضمن المشتري قيمته للبائع، وأن افتكه منه رده على بائعه وبرئ من ضمانه.

قال ابن الرفعة: وهذا يقتضي الجزم بورود الفسخ على عين الرهن، وبه تكمل فيه ثلاث طرق.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٥).

قلت: وقد يكون الماوردي اقتصر على ذكر أحد الوجهين في ورود الفسخ على العين، فلا تكون طريقة ثالثة وجزمه بأنه لا ينفسخ الرهن زيادة فائدة لم يتعرض لها فيما تقدم على قول ورود الفسخ على العين، ويتبين لأنا وإن قلنا برجوع الملك إلى البائع لا ينفسخ الرهن، بل يصير حكمه حكم المستعار للرهن، وقد يتخذ من هذا أن البائع إذا طلب تأخير القيمة بعد الفسخ لا يجاب على الأصح، بل يجبر على قبولها، وإن أخر الفسخ.

أجيب: وهذا الذي وعدت بالتنبيه عليه، وإن كان الرافعي[1] رَحِمَهُ اللَّهُ أطلق القول بأن البائع مخير بين الصبر [٣٢/ب] إلى الفكاك وبين أخذ القيمة، وحيث قلنا: يجاب على قولنا بأن القيمة للحيلولة على وجه؛ فذلك لأنها غير الحق وليس كما لو طلَّق قبل الدخول والصداق مرهون حيث يجبره على قبول القيمة؛ لأنها عين الحق، فهذا ما يتعلق بالمرهون الآبق، فإذا قال البائع: لا آخذ القيمة، وأصبر إلى رجوع الآبق، فإن كان ذلك قبل الفسخ. أجيب: على مقتضى ما تقدم من أن الفسخ ليس على الفور، وإن كان بعد الفسخ، فإن قلنا: الفسخ وارد على القيمة، فهل يجبر على قبولها أو الإبراء أو لا يجبر؟! يُبْنَى على نظيره فيمن له دين حالّ، هل يجبر على قبضه حيث لا مانع منه أو يبرأ، وإن قلنا: الفسخ وارد على العين وبدل المشتري القيمة مخافة أن يطلبها منه في وقت بخلو يده عن النقد فيه، فهل يجبر البائع على قبولها؟!

قال ابن الرفعة: لم أرَ فيه نقلًا، ويشبه أن يكون فيه وجهان، كما ذكرهما الغزالي فيما إذا طلق الزوج والصداق مرهون، وقال: أنتظر الفكاك للرجوع.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٩٧).

وقلنا: إنه لو تلف في تلك الحال لا ضمان عليها، فبذلت له القيمة، هل يلزمه قبولها أو لا؟! وجهان: منشأ الوجوب أن هذا وعد، وربما يبدو وله المطالبة بالقيمة، وبخلو يدها في ذلك الوقت عن النقد.

قال: فإن قلت: القيمة في الصداق والحالة هذه لو أحدث لم يكن للحيلولة بخلاف ما نحن فيه.

قلت: صحيح لكن إذا كان الإجبار على القبض لأجل هذه العلة مع أنه يسقط الحق من العين بالكلية، فلأن يكون فيما نحن فيه هو لا يسقط التعلق بالعين أولى.

نعم قد يقال: حضور العبد قد يكون عند خلو يد البائع عن النقد، وفي تكليفه للتحصيل له ضرر أيضًا، والضرر لا يُزَالُ بالضرر، فيجوز لذلك ألَّا يجبر على قبض القيمة وجهًا واحدًا، كما لا يجبر المغصوب منه على أخذ قيمة المغصوب إذا أبق من يد الغاصب.

نعم! الإمام خرَّج في إجبار المغصوب منه على أخذ القيمة للحيلولة وجهًا، وما ذكرناه يدفعه، وإن لم يندفع فلا شك أنه يجري ها هنا؛ إذ يظهر أنا على ما عليه نفرع بجعل الحكم في فروع المسألة، كما هي في العبد المغصوب، حتى يقول: يطالب المشتري بقيمة منافعه قبل أداء القيمة، وبعد أدائها يكون فيه الخلاف، ولا نظر إلى أنه ها هنا غير آثم بخلاف الغاصب؛ لأن ما عده الضمان لا ينظر [فيه][1] إلى ذلك.

قال: «وليعرف أنا إذا قلنا: الفسخ يرد على القيمة كان في اعتبارها الأقوال الأربعة في حال تلف المبيع، فإن قلنا: يرد على الغير، فالاعتبار في القيمة التي تؤخذ للحيلولة بيوم التغريم»[2].

---

(١) في المخطوطة: «فيها»، ولعلَّ الصواب ما أثبتناه.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٦١). بتصريف.

وقال أيضًا: «قال بعض الشارحين: لو وجد الفسخ وقد دبر المشتري المبيع ينبغي أن يخرج على الخلاف في المهر إذا كان عبدًا فدبرته، ثم طلقها الزوج قبل المسيس هل يرجع في شطره؟! فيه وجهان، أي: إن قلنا: لا كان ⇑[٣٤/أ] كما لو وهبه، وإلا ورد الفسخ على عينه ويبطل التدبير»[١].

قال ابن الرفعة: «والذي يتعين أنه يرد على عينه ويفارق الصداق؛ لأن الزيادة المتصلة تمنع الرجوع فيه دون غيره، يعني: والتدبير كونه قربه كالزيادة المتصلة»[٢]. وهو جواب صحيح.

وقد ذكر الرافعي[٣] وجهين في رجوع الواهب ورد المبيع بالعيب بعد تدبير العبد الذي هو ثمن الأصح انتقاض التدبير وعدم امتناع الرد والرجوع.

فرع ما تقدم في تعليل ورود الفسخ على القيمة في الآبق، وقياسه على التالف حسًّا يشعر بأن الفسخ في حال التلف الحسي وارد على القيمة قطعًا، ولك أن تقول: لم لا يقدر الفسخ مستندًا إلى قبيل التلف، ويكون الفسخ واردًا على العين، ويتبين هلاكها على ملك البائع، كما قالوا بمثله في تلف المبيع قبل القبض.

والأصل في الانفساخ إذا ورد على العقد أن يرتفع أثره، ويرجع كل من العوضين إلى باذله، وتقدير استناد الفسخ إلى ما قبل التلف أسهل من عدم العمل بمقتضى الفسخ وجعل القيمة بدلًا عن الفائت، وإذا استشكلت ذلك في التالف حسًّا، فأنت في الآبق على الوجه الذاهب إلى ذلك فيه أشد

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٦١). بتصريف.

(٢) كفاية النبيه (١٢/ ١٠٩). بمعناه.

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٩٩).

استشكالًا، وكيف يحكم بارتفاع العقد ويبقى الآبق الذي هو أحد أركان العقد باقيًا على حكمه؟! فالأولى فيه أن يقال بورود الفسخ على العين جزمًا.

وأما التالف فقد عرفت ما يقتضيه النظر، ولم أر فيه تصريحًا إلا ما يقتضيه تعليلهم هنا في الآبق والمرهون، فينبغي أن يُتأمل ذلك ويحمل كلامهم على أن المراد رد القيمة، وليس المراد بها مورد الفسخ، بل مورد الفسخ العين بتقدير استناد الفسخ إلى ما قبل التلف على ملك المشتري، وعدم تقدير انقلابه إلى ملك البائع إن كان أحد يقول بذلك ولا إخاله، فكان ينبغي أن يُعتبر قيمته يوم التغريم، وما تقدم من بناء الشيخ أبي علي الخلاف في وقت اعتبار القيمة على الارتفاع من أصله، أو من حينه تُشعر بما قلته من تقدير الانفساخ قبيل التلف.

وقولهم في تعليل بعض الأوجه المذكورة: إن القيمة خلف عن العين تشعر بخلافه، فليتأمل هذا البحث الذي حركته، فإني لم أجد فيه صريحًا، وهذا إنما يأتي في التلف الحِسّي، ولا يأتي في التلف الشرعي كالعتق ونحوه إلَّا على مذهب الفارسي، فإنه يقول بارتفاعه من الأصل بالكلية.

وقياسه: أن يقول عند التلف الحسي بتلفه على ملك البائع، وورود الفسخ على عينه بطريق الأوْلى.

واعلم أنه لا يمنع من التقدير المذكور الحكم بضمان المشتري للقيمة؛ لأن ذلك لوجود التلف تحت يده وهي ضامنة.

المسألة الثالثة: إذا وجده زائدًا، فلا يمتنع التحالف والفسخ، وقد تقدم الكلام في الزيادة المنفصلة، وأما المتصلة فلا أثر لها هنا.

***

[٢٤/ب]

قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

وإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيبًا فرده، واختلفا في الثمن، فقال البائع: الثمن ألف، وقال المشتري: ألفان، فالقول قول البائع؛ لأن البيع قد انفسخ، والمشتري مدَّع، والبائع منكر فكان القول قوله.

الشرح

صورة المسألة أن يكون بعد قبض الثمن، والحكم بعد ذلك واضح لا إشكال فيه، وقد جزم الرافعي بالمسألتين في آخر اختلاف المتبايعين، وقد ذكر المسألة الثانية في فروع ختم بها باب الرد بالعيب.

فقال: «عن ابن أبي هريرة: قال: أعيتني هذه المسألة، والأولى أن يتحالفا، وتبقى السلعة في يد المشتري، وله الأرش على البائع، فقيل له: إذا لم تعرف الثمن كيف تعرف الأرش؟! قال: احكم بالأرش في القدر المتفق عليه، وعن أبي إسحاق: أن القول قول البائع؛ لأنه الغارم كما لو اختلفا في المثمن بعد الإقالة.

قال الرافعي: وهذا هو الصحيح»[١]، ونقل النووي في «الروضة»: «أن القفال في شرح «التلخيص» نقل فيما لو تقايلا ثم اختلفا في الثمن ثلاثة أوجه؛ سواء قلنا: الإقالة بيع، أو فسخ أصحها؛ وهو قول ابن المرزبان: أن القول قول البائع.

والثاني: قول المشتري.

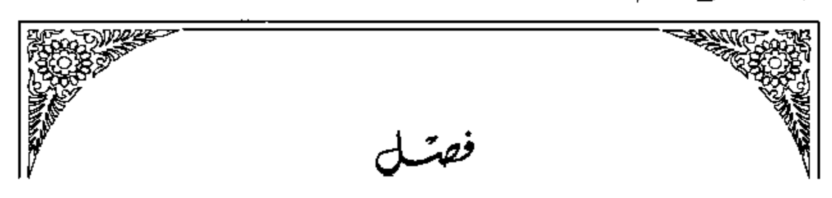
والثالث: يتحالفان وتبطل الإقالة»[٢].

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٣٩٤).

(٢) روضة الطالبين (٣/ ٤٩٦).

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[تحالف الورثة]

وإن مات المتبايعان واختلف ورثتهما تحالفوا؛ لأنه يمين في المال، فقام الوارث فيها مقام [الموروث][1] كاليمين في دعوى المال.



الشرح

لا فرق عندنا بين أن يقع الاختلاف بين المتبايعين، أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، سواء أكان قبل القبض أم بعده، ووافقنا أبو حنيفة[2] على ذلك فيما إذا مات المتبايعان والمبيع غير مقبوض.

وقال: فيما إذا كان مقبوضًا أن القول قول ورثة المشتري، وحجتنا من جهة القياس ظاهرة، وحجتهم ما تقدم من أن التحالف عندهم بعد القبض على خلاف القياس، فلا يتعدى به مورد النص، والنص لم يرد إلَّا في المتبايعين، والمسألة من مسائل الخلاف بيننا وبينه.

وقد تقدم التنبيه على الكلام معه بما فيه الكفاية من تقدير أن التحالف على وفق القياس، ويزداد ها هنا قياس الوارثين على المورثين، ولا فرق بين أن يحصل الاختبلاف بين الورثة ابتداء، أو بين المتبايعين ثم يموتان قبل

---

(١) في المخطوطة: «المورث»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) انظر: المبسوط (١٣/ ٦٠).

التحالف، فينتقل الحق للورثة ويتحالفون، ويجوز للوارث أن يحلف إذا غلب على ظنه صدق مورثه؛ لأنه يحلف على خط مورثه إذا وثق به، فبقوله أولى، وسكت الأصحاب عن كيفية يمين الوارث هنا.

وقالوا في الصداق: إنه يحلف في الإثبات على البت، وفي النفي على نفي العلم.

وعن بعض الشارحين: إنه يحلف على البت في النفي والإثبات جميعًا؛ لأن القاطع بأن العقد جرى بخمسمائة قاطع بأنه ما جرى بألف واستحسنه [١/٣٥] الرافعي[1]، وما قالوه في الصداق يأتي بعينه هنا؛ إذ لا فرق بين البابين في ذلك[2].

وما ذكره بعض الشارحين، واستحسنه الرافعي منشؤه أن الاختلاف راجع إلى صفة عقد واحد اتفقا على صحته، والقاطع بأنه جرى بثمن قاطع بأنه لم يجز بخلافه - لا شك في ذلك - ولكن الأصحاب إن يقولوا: أنا قد قدرنا أن المشتري يدعي عقدًا غير الذي يدعيه البائع.

وقد تقرر ذلك في البحث مع الحنفية في مواضع، ومن الجائز أن يكون جرى صورة عقد تالف بعد تقدم عقد بخمسمائة، وانتفاء ذلك غير مقطوع به؛ فلذلك يحلف على نفي العلم، نعم! لو كانت صيغة اليمين أن العقد الذي جرى في الوقت الفلاني مثلًا جرى بخمسمائة، وما جرى بألف كان يتجه الحلف على البت؛ إذ أحدهما لازم للآخر، ولكن صيغة اليمين ليست كذلك، بل لا بد أن يعمم النفي، فيقول: ما بعتكه بكذا، وهذا نفي عام فكذلك الوارث، ولا يمكنه ذلك إلَّا على نفي العلم فاتجه ما قاله الأصحاب، ولو كان الوارث أكثر من واحد، فصدق بعضهم وأنكر البعض

---

(١) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٣٤).

(٢) انظر: بحر المذهب (١٤/ ١٧٥)، التهذيب (٥/ ٥١١)، تحفة المحتاج (٤/ ٤٧٧).

فهل يجري التحالف بين المنكر والعاقد الآخر أو لا لما فيه من تفريق الصفقة؟!

قال ابن الرفعة: يشبه أن يكون الحكم فيه، كما في الرد بالعيب.

قلت: الصحيح في مسألة الرد أنه ليس لأحد الوارثين الانفراد، وأما هنا فالذي يظهر جوازه؛ لأن الرد والفسخ ليس بمقصود، وإنما المقصود الحلف؛ ليظهر صدق أحدهما ثم الفسخ، والانفساخ يقع بعد ذلك.

وقد نصَّ أصحابنا(١) على أنه إذا اشترى عبدين فتلف أحدهما يتحالفان بعده خِلافًا لأبي حنيفة(٢)، ولم ينظروا إلى تفريق الصفقة، **فالوجه**: القطع بجريان التحالف مع أحد الوارثين، ولو كان الوارث محجورًا عليه، فهل لوليه أن يحلف؟! فيه خلاف في أن الولي هل يحلف في كل ما يتعلق بالصبي، وإن لم يكن الولي باشر إنشاءه على ما حكاه الإمام في كتاب الصداق، والقياس عنده المنع، وسأفرد قريبًا لتحالف الوليين إذا باشرا العقد فرعًا وأذكر ذلك فيه إن شاء الله.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢١٦)، البيان (٨/ ٣٢٩)، روضة الطالبين (٣/ ٥٨٨).
(٢) المبسوط (١٣/ ٣١٠).

قال المصنف رحمه الله:

وإن كان البيع بين وكيلين فاختلفا في الثمن، ففيه وجهان:
أحدهما: يتحالفان؛ لأنهما عاقدان، فتحالفا كالمالكين.
والثاني: لا يتحالفان؛ لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما، فيرجع والوكيل إذا أقر ثم رجع لم يقبل الرجوع، فلا يثبت اليمين في حقه.

الشرح

الوجهان حكاهما الماوردي(١)، والروياني(٢)، والرافعي(٣) وغيرهم، ولم يصحح الرافعي في ذلك شيئًا، وقال النووي: «ينبغي أن يكون الأصح التحالف»(٤).

قلت: وهو كذلك عند المصنف وغيره، أما المصنف فلأنه قال في كتاب الصداق: أن الصحيح أن ولي الصغيرة يحلف؛ لأنه باشر العقد، فحلف كالوكيل في البيع ثم أكد [٣٥/ب] ذلك بقوله: إن الوكيل يحلف، وإن لم يقبل إقراره.

وأما غير المصنف، فلما سنحكيه قريبًا من كلام الإمام، ونقله عن كثير من العراقيين القطع به، ويؤخذ من ذلك طريقة قاطعة بالتحالف، فيكون في المسألة طريقان، ولا فرق بين أن يجري الاختلاف بين الوكيلين، أو بين وكيل أحدهما مع الآخر، إذا كان أحدهما باشر العقد بنفسه.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٠٣).
(٤) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٧).

وممن صرح بجريان التحالف مع الوكيل وجزم به الشيخ أبو حامد في باب التفليس عند الكلام فيما إذا لم يحلف المفلس مع شاهده، **وها هنا أمور:**

أحدها: أن المصنف وغيره اقتصروا على ذكر الخلاف في تحالف الوكيلين، فهل إذا قلنا بذلك يجوز للموكلين أيضًا التحالف؛ لأن الملك لهما أو لا؛ لأن ذلك من أحكام العقد المختصة بالعاقد؟ كلام الماوردي يشعر بالثاني؛ لأنه قال: «أحد الوجهين أن الوكيل هو الذي يحلف»[١].

والثاني: أن الموكل هو الذي يحلف.

وهذه العبارة يشعر بأن من يقول بحلف الوكيل لا يقول بحلف الموكل، وبذلك صرح ابن الصباغ في باب التفليس عند الكلام في حلف غرماء المفلس، وقياسهم على الوكيل.

فأجاب: بأن الوكيل هو العاقد، فيثبت بيمينه فعل، قال: ولهذا لا يحلف موكله على ذلك انتهى، وسيأتي زيادة كلام في ذلك.

وأما قول المصنف: «كالمالكين»، فيريد به المالكين اللذين عقدا بأنفسهما حتى تكون العلة التي ذكرها من كونهما عاقدين جامعة، ولم يتعرض لاختلاف الموكلين إذا عقد وكيلاهما.

الثاني: هل الخلاف في تحالف الوكيلين مبني على تعلق العهدة بهما أو لا؟ فإن كان مأخذه ذلك، **فينبغي أن يأتي فيه ثلاثة أوجه كما هي في العهدة.**

أحدها: الوكيل لا غير.

والثاني: الموكل لا غير.

والثالث: هما جميعًا.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

ويكون الوجهان اللذان حكاهما الماوردي[١] هنا في أن الحالف هل هو الوكيل أو الموكل مفرعين على الوجهين الأولين في العهدة.

والثالث: وهو الصحيح غيرهما، وهو أن التحالف جائز لهما، وإن كان مأخذ الخلاف في التحالف غير ذلك.

وهو ما يشعر به تعليل المصنف وغيره، فكيف يتأتى أن يقول بالتحالف مع عدم القول بالعهدة، فإن التحالف فرع الدعوى، والدعوى الصحيحة لا تتوجه على من لا تتعلق العهدة به، والإمام في كتاب الصداق حكى «عن كثير من العراقيين القطع بأن الولي يجري التحالف بينه وبين الخصم فيما يتعلق بإنشائه - كما سنحكيه عنه قريبًا - وأنهم طردوه في القيمة، والوكيل بالعقد، فإن كلًّا منهم لو أقر بالإنشاء»[٢]. قيل: وذكر من الاستدلال لهم أنه لو تعلقت الدعوى بالوكيل فيما هو مطالب فيه بالعهدة، فلا شك أنه يحلف من جهة أنه فيما يطالب فحنث عما يتعلق بخاصته، فكلام الإمام هذا تنبيه على أن الوكيل الذي تعلقت العهدة به يحلف قطعًا واستدلاله بذلك على التحالف [٦/٣٦] بدل المغايرة، فيكون مأخذ الخلاف في التحالف أنه هل هو من أحكام العقد التي تتعلق بالوكيل كالفسخ والرؤية وغير ذلك أو لا؟!

فعلى الأول يجري التحالف بين الوكيلين، وإن لم يقل يتعلق العهدة بالوكيل وتسمع الدعوى عليه؛ لكونه خليفة الموكل في أحكام العقد لا لتعلق العهدة به، وعلى الثاني: لا يجري التحالف، وإن قلنا بتعلق العهدة؛ لعدم جعله من أحكام العقد، وإنما يتوجه على الوكيل الحلف على خاصة نفسه على قول العهدة دون التحالف، وهذا هو الأقرب إلى كلام المصنف والأصحاب، فليس الخلاف حينئذٍ مأخوذًا من الخلاف في العهدة.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

(٢) نهاية المطلب (١٣/ ١٣٣).

الثالث: في فائدة تحالف الوكيلين إذا قلنا به.

قال النووي في «الروضة»: «فائدته الفسخ، أو أن ينكل أحدهما، فيحلف الآخر ويقضى له إذا قلنا: حلفه مع النكول كالبينة»[١].

وقال الماوردي في «الحاوي» في الوكيل بالشراء: «إذا نكل صار البيع لازمًا له دون موكله»[٢]، وفي الوكيل بالبيع: «إذا نكل قضى للمشتري بالمبيع وألزم الوكيل غرم فاضل الثمن للموكل»[٣]، فقد جزم الماوردي بالقضاء لغريم الناكل؛ أي: عند حلفه، ومقتضى كلام النووي[٤] أن الأصح أنه لا يقضى له؛ لأنه بنى ذلك على أن اليمين المردودة كالبينة، والصحيح أنها كالإقرار.

فإن قيل: وإن جعلناها كالإقرار، لكن إقراره على موكله غير مقبول، قلنا: لم نقبله على موكله، وإنما ألزمناه المبيع إن [كان][٥] وكيلًا في الشراء، وفاضل الثمن إن كان وكيلًا في البيع.

وقوله: في أصل انتقال الغير من ملك موكله إلى ملك المشتري مقبول؛ لأنه وكيل في ذلك، وقد اتفق هو والمشتري على ذلك، وربما الموكل أيضًا، وإنما وقع الاختلاف في الثمن، ثم إنا لو تركنا القضاء بذلك؛ لعود ضرره إلى الموكل لو فرض لتركنا القضاء على جعله كالتنبيه أيضًا؛ لأنا وإن جعلنا اليمين، كالبينة لا يعديها إلى ثالث، فالحق ما قاله الماوردي من القضاء عند نكول الوكيل، وحلف الآخر.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٧).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

(٤) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٧).

(٥) في المخطوطة: «إن وكيلًا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وأما ما ذكره النووي[1] من أن الوكيلين إذا تحالفا بفسخ العقد، فصحيح لا إشكال فيه، وقد يقال: إنه كيف يرفع العقد بحلف الوكيلين، وفي ذلك إبطال حق الموكلين، وقد يكون لكل من الموكلين غرض في بقاء العقد.

أما موكل البائع، فظاهر لزيادة الثمن وموكل المشتري؛ لتعلق غرضه بالعين، ولا شك أن رجوع الوكيل عن إقراره في حق موكله غير مقبول، كما قاله المصنف في تعليل الوجه الثاني، فما السبب في إبطال حق الموكل هنا بحلف الوكيل.

والجواب: أنا لم نُبطل حق الموكل بحلف وكيله، وإنما أبطلناه بحلف غريم وكيله، وقد حلف على نفي ما ادعاه الوكيل عليه، فانتفى ثبوته في حقه، وهكذا في الطرف الآخر، وفي ذلك انتفاء العقد من الطرفين أو تعذر ثبوته، فيفسخ؛ مثاله أن وكيل البائع لما ادعى أنه باع بألف، [٣٦/ب] ⇑ فادعى المشتري أنه اشترى بخمسمائة، ولم يتقدم منه إقرار ينافي ذلك، فإذا تحالفا فقد حلف المشتري أنه ما اشترى بألف.

وقوله مقبول في ذلك، وقول وكيل البائع عليه غير مقبول، فانتفى لزوم البيع والثمن للمشتري، ووكيل المشتري لما ادعى أنه اشترى بخمسمائة، وادعى البائع أو وكيله أنه باع بألف، ولم يتقدم منه إقرار ينافي ذلك، فإذا حلف البائع أو وكيله أنه ما باع بخمسمائة لم يلزمه حكم البيع وترجع العين إليه، فقد تبين أن من ضرورة التحالف إخراج العين عن ملك موكل المشتري والثمن عن ملك موكل البائع.

فإن قلت: فإذا ينبغي أن يلزم وكيل فاضل الثمن؛ لاعترافه بصحة البيع به كما في حالة النكول.

---

(١) روضة الطالبين (٣/ ٥٨٧).

قلت: كلّا، فإنا إنما ألزمناه في حالة النكول لخروج العين عن ملك موكله، ولا يمكن إيجاب شيء من الثمن على الوكيل مع بقائها في ملك الموكل، ولا يمكن الحكم بدخولها في ملك الوكيل، فليس ها هنا طريق إلى تضمينه.

الرابع: في كلام المصنف في توجيه الوجهين قوله: كالمالكين، أي: إذا عقدا بأنفسهما كما تقدم التنبيه عليه، وتعليله بكونهما عاقدين مأخوذ من الحديث؛ لقوله: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ**»[1]، ولك أن تُدرج الوكيلين إذا كان البيع بينهما في لفظ الحديث تحت قوله: «**الْمُتَبَايِعَانِ**»، فيكون حكمهما ثابتًا بالنص غنيًّا عن القياس على المالكين، ومع ذلك، ففي قياس المصنف وغيره في أشباه ذلك إذا اتفق.

فائدة:

وهي التنبيه على أن القياس معاضد لدلالة العموم، ودَفع توهم أن ذلك العموم مخصوص بضرب من القياس يوجب قصره على المالكين، فأراد إثبات الحكم في الوكيلين بالقياس على المالكين اللذين ثبت حكمهما بالاتفاق والنص؛ ليكون ذلك مضافًا إلى دلالة عموم النص عليه.

ولا يمنع من ذلك قول الأصوليين: إن من شرط القياس أن يكون حكم الفرع ثابتًا بالنص؛ لأن دلالته هنا على الأصل متفق عليها، وعلى الفرع محتملة، فلأجل الاحتمال ساغ القياس، ولو تحققنا دخوله في النص لاستغنينا عن القياس، كما قاله الأصوليون.

وتعليل المصنف للوجه الثاني بعد قبول الرجوع من الوكيل أحسن من

---

(١) أخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والنسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (٢٨٥٦ - ٢٨٥٧)، والحاكم (٢/ ٥٥)، والبيهقي (٥/ ٣٣٣).

عبارة الرافعي[١] وغيره، حيث عللوا بأن اليمين تُعرض؛ ليخاف الظالم، فيقر، وإقرار الوكيل على موكله غير مقبول، وأنت تعلم أن الوكيل إذا كان مأذونًا له في العقد وأقر بأنه عقد على الوجه المأذون فيه قبل قوله، وصدق على موكله على أحد ⇑[١/٣٧] القولين؛ لأنه يملك الإنشاء.

وتعليل الرافعي لا يستقيم بإطلاقه إلَّا على القول الثاني الذي يجعل القول قول الموكل، وعبارة المصنف سالمة عن ذلك؛ إذ رجوعه عما أقر به أو لا، لا شك في عدم قبوله، ومسألتنا في الرجوع لا في الإقرار المبتدأ، فإن كان مراد الرافعي[٢] رَحِمَهُ اللهُ إقرار الوكيل بعد أن أقر أولًا، فذلك تأويل لكلامه على ما صرح به المصنف، واستغنى عن الإرادة أو التعليل بشيء مختلف فيه.

والجواب عما استدلوا به لهذا الوجه الثاني يظهر مما تقدم عن الماوردي: «أن الوكيل بالشراء إذا نكل يلزمه البيع، والوكيل بالبيع إذا نكل يلزمه فاضل الثمن للبائع»[٣]، أي: ويرجع الثمن للمشتري، فقد ظهر لعرض اليمين فائدة، وهو جواز النكول، فيحصل هذا الغرض أو الإقرار، فيحصل هذا الغرض أيضًا؛ إذ لا فرق هنا بين النكول والإقرار كما سبق.

فقول صاحب هذا الوجه لم يقبل الرجوع إن أراد في حق الموكل فمسلم، وقد تبين أن فائدة الرجوع لا تجلب ضررًا على الموكل، وإن أراد في حق نفسه فممنوع، فقد تبين صحة الوجه الأول وضعف مأخذ الثاني.

وقول المصنف: «إذا كان البيع بين وكيلين» يخرج ما إذا كان الوكيلان في الخصومة، والبيع قد جرى بين الموكلين، فلا يحلف الوكيلان أصلًا.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٠٣).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٠٣).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).

فرع هل يجري التحالف بين الوليين في مال المحجور عليه، سكت المصنف وأكثر الأصحاب هنا عن ذلك، **وحكوا في كتاب الصداق ثلاث طرق ذكرها الإمام في «النهاية»**:

«**أحدها**: أن في حلف الولي في كل ما يتعلق بحظ الطفل وجهين، ومال الإمام منهما إلى المنع، وقال: إنه القياس.

والطريقة الثانية: أنه لا يحلف فيما لم ينشئه، وإن تعلقت الخصومة بما أنشأه، ففي تحليفه وجهان، كما لو باع مال الطفل أو زوَّج الصغيرة، ثم وقع النزاع في صفة العقد.

قال: وقد ذهب كثير من أئمة العراق إلى القطع بأنه يحلف ويجري التحالف بينه وبين الخصم فيما يتعلق بإنشاء الولي، ولم يذكروا في ذلك خلافًا، وطردوا هذه الطريقة في القيم، والوصي، والوكيل بالعقد.

والطريقة الثالثة: ذكرها الشيخ أبو محمد أن الأب لا يحلف فيما يتعلق بحق طفله إلَّا فيما أنشأه، ولا فيما ينشئه»(١)، وإنما تردد الأصحاب في النكاح خاصة؛ لاختلافهم فيمن يملك العفو عن المهر، ثم إن الإمام فيما نقله عن العراقيين أنهم قطعوا في الولي والوكيل، وحكى غيره طريقة أخرى أن الولي يحلف قطعًا، والوجهان في الوكيل والطريقتان مشهورتان، فقد اتفقوا على أن الولي إما مثل الوكيل أو أقوى.

وقد تقدم أن الصحيح تحالف الوكيلين، فالوليان أولى، وحكى الغزالي في «البسيط» الوجهين في حلف الأب فيما أنشأه، ثم قال فيما لا يتعلق بإنشائه كإتلاف المال: إن المنع في هذه الصورة أظهر، وكلامه محتمل لِأَن يكون المراد أظهر في الجواز في هذه الصورة أو أظهر من المنع في الصورة

---

(١) نهاية المطلب (١٣/ ١٣١). بإختصار.

الأولى، وكلامه في غير «البسيط» ساكت عن الصورة الأولى، ومصرح بأن القياس في ⇑ [٣٧/أ] الصورة الثانية المنع.

وأما الرافعي رَحِمَهُ اللهُ: فإنه قال في الاختلاف بين ولي الصغيرة والمجنونة وبين الزوج: «وجهان: أظهرهما في المذهب، وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق أنهما يتحالفان؛ لأن الولي مالك العقد ومستوفي الصداق، وإقراره مقبول في النكاح والصداق.

والثاني: لا؛ لأنه يثبت حق غيره بيمينه. قال: ورتب الإمام في المسألة على قولين حكاهما فيما إذا باع الولي مال الطفل، واختلف الولي والمشتري في كيفية البيع هل يتحالفان؟! قال - يعني: الإمام: والأصح المنع، **ويعلل القول الآخر بمعنيين**:

أحدهما: أن الولي يثبت بالحلف قول نفسه.

والثاني: أنه يتعلق به للعهدة، فإن الولي في عهدة ما يبيع للصبي.

فإن قلنا: لا يحلف في البيع، ففي النكاح أولى.

وإن قلنا: يحلف هناك، ففي النكاح خلاف مبني على المعنيين، إن عللنا بالأول، فكذلك هنا، وإن عللنا بالثاني، فلا؛ لأن النكاح ليس عقد عهدة»[١].

قلت: ولم أر في «النهاية» في كتاب الصداق حكاية القولين، ولا الترتيب هكذا، ولا قوله: «والأصح المنع»، وإنما رأيت فيها الطرق على الوجه الذي تقدم، وفي اختلاف المتبايعين لم يذكر المسألة أصلًا.

وأما التصحيح، فلم أر في كلام الإمام في الموضع الذي وقعت عليه إلا قوله في الطريقة الأولى الطاردة للوجهين: «إن القياس المنع»، وميله إليه

---

(١) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٣٧-٣٣٨).

دون تصريح بالتصحيح، ولا بأن ما قاله أنه القياس، ومال إليه نقول به ونرجحه فيما أنشأه الولي أيضًا أولًا.

والظاهر من كلامه التعميم؛ لأن الوجهين في تلك الطريقة عامَّان، وقد رجح وجه المنع منهما، فإن كان كذلك، وأن الراجح عند الإمام أن الولي لا يحلف مطلقًا، فمقتضاه أن يقوله في الوكيل بطريق أولى لما تقدم التنبيه عليه أو المساواة، ومقتضاه أيضًا أن يكون الأصح عنده عدم التحالف بين الولي والزوج في الصداق للترتيب الذي ذكره الرافعي، ويكون مخالفًا لما هو الأصح في المذهب من تحالفهما، ولا شك أن ظاهر كلامه كما قدمته يقتضي الميل إلى منع حلف الولي مطلقًا، ويلزم من ذلك أن يكون تحالف الولي مع الزوج وتحالف الوكيلين عنده كذلك، وأن القياس في جميعها المنع، وإنما جعل الخلاف في البيع قولين.

وقول الإمام: «الأصح المنع» لم أره في كلام الإمام في هذين البابين، والرافعي ثبت، وقوله: «ونعلل القول الآخر بمعنيين...» إلى آخره، إن كان من كلام الإمام، وهو ظاهر نقل الرافعي، فيستقيم مع قوله: «الأصح المنع»، ويمكن أن يسقط منه تصحيح المنع.

ويستمر الترتيب مع كلام الأصحاب بأن يقال: الأصح الحلف في البيع للمعنيين، فإن لم نجوزه في البيع، ففي النكاح أولى، وإن جوزناه، فيبنى في النكاح على المعنيين إن عللنا بأنه يثبت قول نفسه جاز، وإلا امتنع لكن يقتضي ذلك أن تكون العلة الصحيحة أنه يثبت قول نفسه حتى يكتتم معها ما صححوه من الجواز في النكاح، وأما ما مال إليه الإمام[1] من المنع مطلقًا ففيه[2] نظر؛ لأنه أخذ ذلك [٣٨/أ] من أن الأيمان كالعبادات البدنية لا يتطرق إليها

(١) نهاية المطلب (١٣/ ١٣١). باختصار.

(٢) في المخطوطة: فغيره، ولعل الصواب ما أثبتناه.

إمكان النيابة، وهذا يمكن جوابه بأن اليمين في ذلك ليست بطريق النيابة عن الموكل، ولا عن الطفل بل الولي والوكيل كل منهما يحلف عن نفسه.

وقد وقع في «الكفاية» لابن الرفعة[1] في الصداق أنه[2] الأظهر - وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: أن التحالف لا يجري مع الولي، وهو وهم ولولا علله بعلة تناسب المنع كنا نقول: أن «لا» زائدة في النسخة.

فرع شرط جريان هذا الخلاف في حلف الولي والوكيل والوصي والقيم بقاؤهم على الولاية والاستقلال، فلو خرج الولي عن الاستقلال بأن استقلت الزوجة، أو صرف الوكيل، والوصي، والقيم عن الولاية فلا؛ لأنه بطل قبول إقرارهم، نبه عليه في «البسيط»، وفي كلام «النهاية»[3] إشعار به.

والمراد نفي التحالف، وأما الحلف على مَنْ تعلقت العهدة به إذا قلنا بذلك، فلا يندفع بخروجه عن الولاية؛ لأنها تتوجه عليه في خاصة نفسه.

فإن قلت: الوكيل بمباشرة التصرف يخرج عن الوكالة في ذلك التصرف، فمقتضى ذلك ألَّا يأتي الخلاف فيه بعد اعترافه بمباشرة التصرف، وقد قلتم: الأصح أنه يجري التحالف بينه وبين العاقد الآخر.

قلت: أحكام العقد متعلقة به، فلم يخرج عن الوكالة بالكلية، نعم الوكيل في تصرف واحد بعد مباشرته لا يمكن عزله منه، فإذا اختلف هو والعاقد معه في صفة ذلك التصرف جرى الخلاف في تحالفهما، ولا يحتاج

---

(١) كفاية النبيه (١٣/ ٣٠٦).

(٢) في المخطوطة: «أن»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

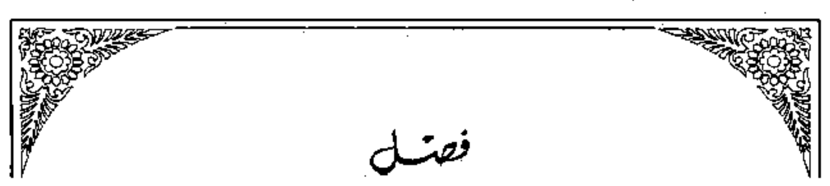
(٣) نهاية المطلب (١٣/ ١٣٣). بإختصار.

في ذلك إلى تقييد بأن يكون باقيًا على وكالته، وإنما يظهر اختيار الغزالي[١] فيما إذا سبق العزل قبل التصرف في الوكيل، وفي الوصي والقيم يظهر مطلقًا.



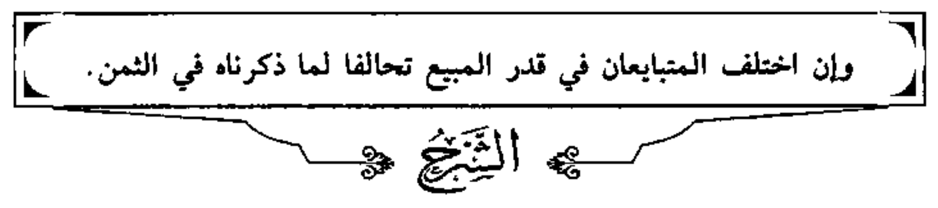
(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٨٥).

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[الاختلاف في القدر والعين]



وإن اختلف المتبايعان في قدر المبيع تحالفا لما ذكرناه في الثمن.

الشرح

لا فرق في جريان التحالف بين أن يكون الاختلاف في الثمن، أو في المثمن، وإنما الفقهاء جرت عادتهم بفرض الكلام في الثمن، كما فعل المصنف أولًا، ثم بعد ذلك بيَّن أن الاختلاف في المبيع مثله، وإطلاق الحديث يشمله، والمعنى يقتضيه كالثمن، فلذلك قال المصنف لما ذكرناه في الثمن؛ أي: من الحديث، والمعنى جميعًا، وقد يجري الاختلاف في قدر المبيع مثله والثمن معًا، فمثال اختلافهما في قدر المبيع وحده أن يقول البائع: بعتك هذا العبد بمائة، ويقول المشتري: هذا العبد وهذا الثوب بمائة.

ومثال اختلافهما في قدر المبيع والثمن أن يقول: بعتك هذا العبد بمائة، ويقول المشتري: اشتريته وهذه الجارية بمائتين، والحكم بالتحالف فيهما، فلو قال المشتري: بعني هذه الأرض على أنها عشرة أذرع بمائة، فقال: بعتكها بمائة على أنها خمسة، فإذا هي عشرة لم يكن من صور التحالف على مذهب الشافعي؛ لأن مقتضى دعوى البائع فساد العقد ذكره ابن أبي الدم في «أدب القضاء».

قال المصنف رحمه الله:

وإن اختلفا في [٣٨/ب] عين المبيع بأن قال البائع: بعتك هذا العبد بألف، وقال المشتري: بل اشتريت هذه الجارية بألف، ففيه وجهان:

أحدهما: يتحالفان؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدًا ينكره الآخر، فأشبه إذا اختلفا في قدر المبيع.

والثاني: أنهما لا يتحالفان، بل يحلف البائع أنه ما باعه الجارية، ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد.

وهو اختيار الشيخ أبي حامد الأسفراييني؛ لأنهما اختلفا في أصل العقد في العبد والجارية، فكان القول فيه قول من ينكر، كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبدًا والآخر جارية من غير عقد.

الشرح

إن اختلفا في عين المبيع واتفقا على الثمن، فإن كان الثمن معينًا تحالفا قولًا واحدًا، بأن يقول البائع: بعتك داري هذه بهذا الألف، فيقول المشتري: بل اشتريت هذه الجارية بهذا الألف، مشيرًا إلى تلك الألف بعينها.

وقال أبو حنيفة[١]: **وإن كان الثمن في الذمة، فوجهان:**

أحدهما: أنهما يتحالفان، وهو اختيار القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ.

وقال صاحب «التتمة»: إنه المذهب.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٨/ ٢١٧)، فتح القدير للكمال ابن الهمام (٨/ ٢١٧).

وقال ابن أبي عصرون: إنه الأصح، وفي «البحر»: إنه المذهب.
قال الرافعي: «وهو قول ابن الحداد»[١].

والثاني: لا يتحالفان، وهو قول الشيخ أبي حامد، وتبعه المحاملي، والمصنف في «التنبيه»[٢]، والماوردي[٣]، والجرجاني، والبندنيجي، وسليم، على ما حكي عنهما، وهو مقتضى كلام القاضي حسين.

قال الرافعي: «واختاره الإمام»[٤]، وصاحب «التهذيب»[٥] وتبعه ابن الرفعة[٦] على ذلك، وعندي في هذه الحكاية توقف، سأنبه عليه.

ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره واستدل له في فرع في «التعليقة» بأن التحالف إذا اتفقا على العقد وعلى عين المبيع، واختلفا في الصفة، وها هنا كل واحد منهما يدعي عقدًا[٧] غير العقد الذي يدعيه صاحبه.

قال القاضي أبو الطيب: قلنا ما ذكره أبو بكر بن الحداد في كتاب الصداق ونص هذه المسألة، وقال: يتحالفان، فقال: إذا اختلف الزوجان، فقال: أمهرتك أباكِ، وقالت: بل أمهرتني أمي تحالفا، قال: وكذلكِ إذا قال: أمهرتك أباكِ ونصف أمكِ، فقالت: بل أمهرتك أبي وأمي، تحالفا، ولا يختلف أصحابنا في ذلك، فسقط كلام أبي[٨] حامد الأسفراييني، وهذا الكلام يقتضي أن ابن الحداد لم ينص على مسألة البيع بعينها، بل على مسألة الصداق.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٥٦).
(٢) التنبيه (ص: ٨٧).
(٣) الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٨).
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٥٦).
(٥) التهذيب (٣/ ٥٠٧).
(٦) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٠).
(٧) في المخطوطة: «عقد»، والصواب ما أثبتناه.
(٨) في المخطوطة: «أبو» والصواب ما أثبتناه.

وقاس أبو الطيب البيع عليه، وقال ابن الصباغ: إنه لا فرق بين المسألتين، وقد حكى الإمام، والغزالي، والرافعي الخلاف في مسألة الصداق أيضًا، وقال الغزالي: الأصح منهما التحالف.

وقال الرافعي: «فهما هما الوجهان المذكوران في البيع»[1]، فعلى هذا لا حجة في التمسك بها؛ لثبوت الخلاف في المسألتين، وعلى ما قاله القاضي أبو الطيب من أن الأصحاب لم يختلفوا في مسألة الصداق يمكن أن يفرق بين المسألتين على خلاف ما قال ابن الصباغ بأن البضع معين اتفقا على ورود النكاح عليه، واختلفا في العوض المقابل له، فالصداق إنْ [٣٩/أ] ⇑نزل منزلة الثمن كان ذلك كالاختلاف في الثمن مع الاتفاق على غير المبيع، وإن جعل كالمبيع كان كالاختلاف في عينه، والثمن معين، وقد قدمنا أنهما يتحالفان قولًا واحدًا، فليس ذلك نظير المسألة، ولا حاجة في ذلك إلى التمسك بنص ابن الحداد، فإن الشافعي ذكر من صور الاختلاف في الصداق الموجب للتحالف أن يقول: «نكحتك على عبد، فتقول: بل نكحتني على دار بعينها»[2].

وهي مثل الصورة التي ذكرها ابن الحداد، وكلاهما فرد من أفراد الاختلاف في الصداق، وهو موجب التحالف على ما نص عليه الشافعي، كالاختلاف في الثمن، وإنما الكلام في الاختلاف في المبيع.

وقد عرف ابن الصباغ ورود هذا السؤال عليه، وأجاب عنه بأنهما إذا اختلفا في العوض بثمن واحد، فقد أثبتا أحد العوضين، واختلفا في الآخر، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في الثمن أو في المثمن، ولك أن تنتصر للشيخ أبي حامد بأن الثمن الواحد في الذمة، وما في الذمة مبهم لا يحصل

---

(١) فتح العزيز، ط العلمية (٨/ ٣٤١). بمعناه.

(٢) الأم (٥/ ٧٧).

التوارد، وإنما يقال فيه: إنه واحد من جهة مسمى الألف، فيحتمل أن يكون أحد الألفين غير الآخر بخلاف المعين، فإنهما اتفقا على ورود العقد على عينه.

واختلفا فيما سوى ذلك من زيادة أو صفة ثمن أو غيرها، وادعى صاحب «التتمة» أنه لا فرق بين الاختلاف في مسألتنا، والاختلاف في الثمن؛ لأن بيعه بألف غير بيعه بخمسمائة.

واعلم أن عمدة الشيخ أبي حامد في عدم التحالف أنهما عقدان، وابن الصباغ يمنعه ذلك ويحاول تقرير أنهما عقد واحد اختلفا في صفته، كقوله: بعتك هذا العبد بألف، فيقول: بل بعتنيه مع هذه الجارية بألف.

وصاحب «التتمة» يسلم أنهما عقدان، ويقول بالتخالف محتجًّا بأن الاختلاف في الصفقة يقتضي المغايرة، فالبعد حاصل في كل موضع فلم يضر، فصاحب «التتمة» يوافق ابن الصباغ في الحكم ويخالفه في المدرك.

وما قال صاحب «التتمة» يشهد له ما تقدم من كلام أصحابنا مع الحنفية في تقرير أن التحالف على وفق القياس، وكون كل منهما يدعي غير الذي يدعيه الآخر، ولأجل ذلك قال صاحب «التتمة» فيما إذا اختلفا في البيع والهبة أنهما يتحالفان.

وما قاله ابن الصباغ لا يتمشى إلَّا بتقرير أن الألف في الذمة كالألف المعينة، وفيه بُعد.

وقد فرض ابن الصباغ، وابن أبي عصرون المسألة فيما إذا كان البائع قد قبض الألف، ولم يذكر ذلك غيرهما، وكان ابن الصباغ أراد بذلك أن يجعلهما قد اتفقا على ملك البائع لعينها، وهذا يدفعه أن الاعتبار بحالة العقد، فالتحقيق أن ما قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ لا يرد على الشيخ أبي حامد.

وأما ما قاله صاحب «التتمة»، فإن سلم له أن الاختلاف في البيع والهبة يوجب التحالف يرجح ما قاله، وإلا يرجح قول الشيخ أبي حامد، وسأستوعب مآخذ الكلام. تحقيق ذلك بعد أن أفرغ من نقل كلام الأصحاب ونقل الإمام ما قاله الشيخ أبو حامد عن العراقيين.

وقال: «إن في طريقة المراوزة ما يدل على التحالف»[١]، ثم قال: ⇑[٣٩/ب] «وللعراقيين أن يقولوا: الألف الذي يدعيه أحدهما غير الألف الذي يعترف به الثاني، ويتصور التزام ألفين من جهتين، فالتعيين لا يتحقق في الألف، وليس كالعين يتعين ملكًا.

قال: وهذا الذي ذكروه مع ما ذكره المراوزة يلتفت على أصلٍ، سيأتي في الدعاوى، وهو أن رجلًا لو اعترف بألف لإنسان عن جهة ضمان، فأنكر المقر له الضمان، وادعى عليه ألفًا عن جهة أخرى أنكرها المقر، ففي وجوب الألف على المقر خلاف مشهور، ولو اعترف رجل بالملك في عين لإنسان عن جهة، فأنكر المقر له تلك الجهة، وادعى الملك بجهة أخرى، فلا خلاف في وجوب تسليم العين إلى المقر له، فهذا مضطرب الفريقين، والمسألة محتملة»[٢] هذا كلام الإمام رَحِمَهُ اللَّهُ.

ونقل الرافعي[٣] عن الإمام وصاحب «التهذيب» أنهما اختارا ما قاله الشيخ أبو حامد، ولم يتبين لي من كلام الإمام اختيار، وإنما في أول كلامه أني [أميل][٤] إليه، وفي آخره التوقف، ومراد الإمام بالاعتراف بالملك في العين إذا قال: بعتك هذه العين وبرئت من ثمنها، فقال: بل وهبتنيها وقبضتها، وهذا المأخذ الذي رد الإمام المسألة إليه من الالتفات على

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٣). (٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٣-٣٣٤).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٥٦).

(٤) في المخطوطة: «ميل».

الخلاف في إلحاق ما في الذمة بالمعين تبعه عليه الغزالي، وحكى الخلاف في لزوم الألف للمقر في مواضع.

وقال في «البسيط» في كتاب الإقرار في آخر الركن الثالث منه عند الكلام فيمن اشترى من اعترف بحريته: أن الظاهر أن الألف تسلم إليه، ولا ينظر إلى الجهة.

وهكذا في «الروضة»[(١)] قبل الباب الرابع في الإقرار بالنسب من كلام الرافعي، ولكني لم أرها في نسختي من «الشرح».

وكذلك قال الإمام في ذلك الموضع أيضًا: «إن الأصح ثبوته واطراد النزاع في الجهة»[(٢)]، وحكى الرافعي الوجهين في كتاب الإقرار، وقال: «إنهم ربما بنوا عليهما ما إذا شهد شاهد أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض»[(٣)]، ولم يصحح في ذلك الموضع في مسألة الإقرار شيئًا، لكنه في مسألة الشهادة التي بناها عليها.

قال: إن الظاهر عدم الثبوت، فعلى ما قاله الإمام والغزالي من الصحيح الثبوت يكون مقتضى هذا جعل الألف في الذمة كالمعينة في الخارج، فعلى هذا يتحالفان في مسألتنا هنا؛ لأن المشتري يقر بالألف ثمنًا للجارية، والبائع يدعيها ثمنًا للعبد، فيلزمه لاتفاقهما عليها، وان اختلفا في الجهة على الظاهر، فإذا اختلفا في مقابلها مع الاتفاق عليها وجب التحالف؛ جريًا على البناء الذي قاله الإمام، وأن الأصح لزوم الألف.

وعلى الوجه الآخر القائل بأنه لا يلزم المقر شيء عند اختلافهما في الجهة؛ لأن المقر أقر بشيء كذبه المقر له فيه، والمقر له ادعى شيئًا أنكره

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٩٠).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٣).

(٣) فتح العزيز (١١/ ١٥٧). بتصريف يسير.

المقر، فلا يثبت شيء، فعلى هذا لا يجري التحالف في مسألتنا للتغاير بين الألفين، فيؤخذ من كلام الإمام والغزالي في باب اختلاف المتبايعين.

وفي باب الإقرار أن الأصح عندهما التحالف في مسألتنا كما اختاره القاضي أبو [٤٠/أ] الطيب، وابن الصباغ، وصاحب «التتمة»، وكما صححه الغزالي في نظيرها في الصداق بخلاف ما قاله الرافعي[1] أن الإمام[2] اختار عدم التحالف، ومع ذلك لا أستجيز أن أنقل عن الإمام أنه اختار التحالف؛ لتوقفه في المسألة كما تقدم، ولكن من لازم كلامه في البابين يلزمه ذلك، وإلا يتناقض كلامه، أو يكون مراده أن الخلاف يلتفت على ذلك الأصل، وإن لم يكن الصحيح كالصحيح فقد بان لك أنا إذا نظرنا إلى المأخذ الذي ذكره الإمام يرجح القول بالتحالف، وبه يصح المأخذ الذي ادعاه ابن الصباغ.

وأما المأخذ الذي يجيء إليه صاحب «التتمة» من إثبات التحالف مع تسليم أنهما عقدان، فقد تقدم أن في كلام الأصحاب ما يشهد له، لكن يلزم إحرازه في سائر صور الاختلاف، وعند هذا أقول: إن الاختلاف على مراتب أخصها أن يتفقا على عقد خاص ومعقود عليه معين، ويختلفا فيما وراء ذلك، كما إذا اتفقا على بيع ومبيع معين واختلفا في ثمنه، أو في زيادة مع المبيع، أو اتفقا على بيع وثمن معين، واختلفا في عين المبيع، فهاتان الصورتان موضع الجزم بالتحالف؛ لأن في كلتا الصورتين اتفقا على شيء مشخص ورد العقد الخاص عليه، وانتقل من ملك أحدهما إلى ملك الآخر.

وأعمها بالنسبة إلى غرضنا أن يحصل الاتفاق على البيع ويختلفا في المعقود عليه المعين من الطرفين، كما إذا قال: بعتك هذا العبد بهذه الجارية، فقال: بل بعتني هذه الدار بهذا البستان، فها هنا لا تحالف قطعًا

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٥٦).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٣٣).

ولا مبالاة باتفاقهما على مسمى البيع؛ إذ لا اتفاق على استحقاق شيء معين، ولهذا المعنى لا يلزم صاحب «التتمة» القول بالتحالف هنا، وبين هاتين المرتبتين صورتان:

إحداها: أن يحصل الاتفاق على المعقود عليه دون خصوص العقد، كما إذا قال: بعتك هذه الجارية فقال: بل وهبتنيها، فلا تحالف على المشهور الذي ادعى الغزالي في «البسيط» الاتفاق عليه، وفيه وجه حكاه الغزالي في موضع آخر وغيره.

وقال صاحب «التتمة»: إنه الصحيح التحالف. والتحقيق فيه: أنا إن قلنا: التحالف على خلاف القياس كما اختاره الإمام، فلا تحالف؛ لعدم اندراجهما تحت قوله في الحديث: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ**»[1].

وإن قلنا: التحالف على وفق القياس، كما اختاره أكثر الأصحاب ومنهم صاحب «التتمة»، فيحتمل أن يقال به في مسألة الاختلاف في البيع والهبة، كما قاله صاحب «التتمة»؛ جريًا على مقتضى المذهب، وإن كان الأصح عند الأكثرين خلافه، ويحتمل أن يقال: القياس لا يقتضي الجمع بين النفي والإثبات كما قدمته في أصل الباب، بل إنما يقتضي حلف كل منهما على النفي.

وأنا أميل إلى ذلك في أصل الباب كما تقدم، وحيث قيل به فالفارق بينه وبين هذه الصورة ما بيناه هنا من التقارب بين الرتبتين، ولو كان مطلق الاختلاف يوجب التحالف لأوجبه في المرتبة التي هي أعم، فعلمنا بذلك اشتراط ⇑ [٤٠/ب] التوافق، وهو مفقود ها هنا.

الصورة الثانية: أن يتفقا على بيع وثمن في الذمة، ويختلفا في عين

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠٥٩١). وأخرجه أحمد (١/ ٤٦٦)، والنسائي (٤٦٤٩)، والدارقطني (٢٨٥٦ - ٢٨٥٧)، والحاكم (٢/ ٥٥).

المبيع، وهي مسألتنا التي نحن فيها، فإن ألحقنا ما في الذمة بالمعين التحقت بالمرتبة الأولى التي هي أخص المراتب، وثبت التحالف فيها، وإن لم يلحق ما في الذمة بالمعين صارت كالصورة الأولى بين المرتبتين، وهي مسألة الاختلاف في البيع والهبة، فإن هناك حصل الاتفاق على المعقود عليه، ومطلق العقد والاختلاف في خصوصه.

وفي مسألتنا حصل الاتفاق على خصوص العقد، ومطلق الثمن في الذمة الذي هو الألف، والاختلاف في عين المبيع، فهما سواء على هذا التقدير.

نعم بينهما على هذا التقدير فرق لطيف من جهة أن الاختلاف في البيع والهبة حصل الاتفاق على انتقال الملك واستحقاق إزالة يد البائع، وها هنا لم يحصل هذا المعنى.

فمن هذا الوجه مسألة الاختلاف في البيع والهبة أولى بالتحالف من مسألتنا، لكن من حيث الجملة وكون ما في الذمة واحدًا إما بالشخص أو النوع، واتفاقهما على خصوص البيع واندراجهما تحت الحديث مسألتنا أولى بالتحالف من مسألة الاختلاف في البيع والهبة؛ ولذلك قال بالتحالف هنا من لم يقل به في الاختلاف في البيع والهبة، وهم أكثر من نقلنا عنهم التحالف هنا.

وقد ظهر بذلك أن الذي يأتي على مقتضى المذهب إثبات التحالف في مسألتنا كما قاله القاضي أبو الطيب بناء على المأخذ الذي ذكره الإمام[١]، لكني أنا عندي في أصل التحالف والجمع بين النفي والإثبات وقفه، فلذلك لم أقل به هنا، بل يحلف كل واحد على نفي ما يدعي عليه وفق قياس الخصومات، ومن هذه المرتبة عكس هذه الصورة أن يتفقا على مبيع في الذمة، ويختلفا في الثمن، وذلك يأتي في السلم إذا اختلفا في جنس

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٣١).

المسلم فيه، كقوله: أسلمت في كُرِّ حنطة، فيقول: بل في كُرِّ شعير، فقد جزم صاحب «التتمة» بالتحالف، وهو ظاهر على طريقته.

وأما على طريقة الأصحاب فقد يقال: إن ما في الذمة إذا لم يثبت له حكم المعين، فينبغي عدم التحالف في السلم سواء أكان رأس المال الذي اتفقا عليه معينًا، فإنه يصير مثل اختلافهما في بيع العبد أو الجارية بألف في الذمة، أو كان رأس المال في الذمة، فإنه ينتفي التحالف بطريق أولى؛ لانتفاء المعين من الطرفين.

وهذا يثير لنا إشكالًا على الشيخ أبي حامد وموافقته في مسألتنا، فإنه يلزمهم أن يثبتوا التحالف في السلم.

وقد قدمت في أول الباب عن نص الشافعي: «أن المشتري إذا قال: أسلفتك مائة دينار في مائتي صاع حنطة، وقال البائع: أسلفتني مائة دينار في مائة صاع حنطة أنهما يتحالفان»(١).

والظاهر أنه لا فرق بين الاختلاف في القدر، والاختلاف في الجنس، فأما إذا لم يثبت لما في الذمة حكم المعين لم يلزم أن تكون المائة داخلة في المائتين، فعين هذا النص شاهد للقاضي أبي الطيب ومن وافقه، ولا نعرف خلافًا بين الأصحاب في إثبات التحالف [٤١/أ] في السلم.

والشيخ أبو حامد من جملة المصرحين بإثبات التحالف فيه، فلو كان ما في الذمة لا يثبت له حكم المعين ويخرجه ذلك عن التحالف، كيف كان يثبت التحالف في السلم إذا اختلفا في رأس المال فيه، إلَّا أن يحمل نص الشافعي على أن المائة دينار التي هي رأس المال كانت معينة، وهو بعيد، أو يقال: إن رأس المال لا من قبضه في المجلس، وبذلك يصير كالمعين في العقد، وذلك بمثابة الاتفاق على ثمن معين والاختلاف في عين البيع.

(١) الأم (٣/ ١٣٨). بتصريف يسير.

وقد تقدم أن ذلك يوجب التحالف قطعًا، وإنما يقوى الإشكال فيما إذا اختلفا في جنس رأس المال أو وصفه، كقوله: أسلمت إليك مائة دينار، فيقول: بل مائة درهم أو صحاحًا، فيقول: بل مكسرة، فها هنا الإبهام حاصل في الثمن والمثمن، فإذا لم يعط حكم المعين يلزم ألَّا يثبت التحالف، فإن كان القائلون بمنع التحالف في مسألة العبد والجارية يمنعونه أيضًا هنا اندفع الإلزام عنهم، وإلَّا فالإشكال متوجه عليهم وعلى الإمام والغزالي أشد حيث صرَّحا بتخريج هذه المسألة على الأصل المذكور، وقد رأيت في «مختصر البويطي» في مثال السلف: «أنه إن ادعى أحدهما أن البيع إنما كان بشيء، وخالفه الآخر، مثل قوله: أسلفتني دينارًا أو ثوبًا في كذا، وقال هذا: بل ديناران، القول قول البائع مع يمينه ويفسخ السلف؛ لأنهما يجتمعان[1] على أصل واحد»[2]، فإن كان مقتضى هذا أنهما إذا اختلفا في عين رأس المال مع اتفاقهما على المسلم فيه، لم يتحالفا كان سببها باختلافهما في عين المبيع، ومضاء لما قاله أبو حامد.

نعم هذا الإشكال إنما يلزم الإمام والغزالي في تخريجهما التحالف هنا على الأصل المذكور، وحينئذٍ يلزمهما إثبات خلاف في السلم إذا اختلفا في جنس رأس المال أو وصفه، فليتأمل ذلك.

وقد تحصلنا على صور:

الأولى: الاتفاق على مبيع معين، والاختلاف في زيادة معه أو في ثمنه المعين، أو الذي في الذمة؛ قدرًا أو جنسًا أو وصفًا يوجب التحالف قطعًا.

الثانية: الاتفاق على ثمن معين، والاختلاف في زيادة معه، أو في المبيع جنسًا أو قدرًا يوجب التحالف قطعًا كالأول.

---

(١) في المخطوطة: «يجتمعا» والصواب ما أثبتناه.

(٢) مختصر البويطي (ص: ٦٢١).

الثالثة: الاختلاف في عين المبيع والثمن معًا من غير موارد على شيء، فلا تحالف قطعًا.

الرابعة: الاتفاق على عوض والاختلاف في كيفية انتقاله بالبيع أو الهبة لا تحالف [فيه على الصحيح][(١)].

الخامسة: الاتفاق على بيع وثمن في الذمة والاختلاف في عين المبيع، وهي مسألتنا فيها وجهان، وفي التصحيح نظر، تقدم التنبيه عليه.

السادسة: الاتفاق على مبيع في الذمة والاختلاف في قدره يوجب التحالف بنص الشافعي.

السابعة: الاتفاق على مبيع في الذمة والاختلاف في جنسه يوجب التحالف على ما صرح به صاحب «التتمة».

الثامنة: الاتفاق على مبيع في الذمة والاختلاف في ثمنه المعين أو الموصوف لا أعرف فيها نقلًا إلا ما قدمته عن البويطي إن كان كما حملته ⇑ [٤١/ب] ولكن الأسبق إلى الفهم جريان التحالف، والقياس أن يكون كالخامسة التي هي مسألتنا كما تقدم.

التفريع:

إذا قلنا بقول أبي حامد؛ حلف البائع أنه ما باع الجارية وتبقي الجارية على ملكه كما كانت، وجاز له التصرف فيها ظاهرًا، ويحلف المشتري أنه ما اشترى العبد، فإذا حلف، كان العبد في يد المشتري لم يجز للبائع مطالبته به؛ لأنه لا يدعيه، وإن كان في يد البائع لم يجز له التصرف فيه؛ لأنه معترف بأنه للمشتري، وأن ثمنه في ذمته، ويجوز له أن يبيعه بقدر الثمن على طريق الظفر.

---

(١) مكرر في المخطوطة.

هكذا قاله القاضي أبو الطيب على قول أبي حامد، وظاهر كلامه أنه نقل عنه، واستشكله ابن الرفعة[1] من جهة أنه إذا كان في يد البائع غير مقبوض وبيع المبيع قبل قبضه ممتنع، فكيف ينوب البائع أو الحاكم عن المشتري في بيع شيء هو ممنوع منه، والبيع بطريق الظفر إنما هو بطريق النيابة كنيابة الحاكم عن الممتنع، ولا يمكن أن يتملك البائع عليه أيضًا بقدر حقه بناء على الصحيح أنه لا يجوز بيع المبيع من البائع قبل القبض، ولا يجوز أن يقبض للمشتري من نفسه.

قلت: وهذا الإشكال وارد أيضًا فيما إذا تحالفا قبل القبض حيث يقول بالتحالف واختصاص الفسخ بالظاهر، فقد تقدم أن حكم الصادق حكم من ظفر بمال من ظلمه، فيعود هذا الإشكال هناك.

وطريق الجواب أن يفرض العبد قد عاد إلى يد البائع بعد أن قبضه المشتري بطريق من الطرق التي لا يزيل الملك، أو أن البائع يرفع الأمر إلى الحاكم، فيقبضه حتى يخرج عن ضمان البائع كما سيأتي إذا أقام بينة ثم إذا قبضه الحاكم. وقد ثبت امتناعه عن ثمنه فيباع بطريق الظفر، ويكون إطلاق القاضي أبي الطيب محمولًا على أنه يفعل ذلك بطريقه، وهو ما أبديته، وبذلك يندفع الإشكال.

وأيضًا فسيأتي في أواخر الباب عن الشيخ أبي حامد وغيره، أن المشتري لو غاب قبل قبض المبيع باعه الحاكم في الثمن بشرطه، فكأنهم اغتفروا ذلك في بيع الحاكم.

ثم قال ابن الرفعة: والذي نص عليه الشافعي فيما حكاه صاحب «الإشراف»: «أن القاضي يتلطف بالمشتري ويقول له: قل: فسخت البيع إن

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٧).

كنت اشتريته، ويقول للبائع: قل: قبلت الفسخ»[١].

قلت: وصاحب «الإشراف» نقل هذا مطلقًا عن الشافعي فيما إذا قال البائع: بعت هذا منك بكذا، فأنكر المشتري وحلف عليه، «قال في «الإشراف»: وهذا فيه إشكال؛ لأن الفسخ معلق بالصفة وتعليق الفسخ بالصفة لا يجوز»[٢].

واعترض ابن الرفعة[٣] بأن في تعليق البيع في نظير هذه المسألة فيما إذا قال: وكلتك في ابتياع هذه الجارية بعشرة، فقال: بل بعشرين، فقال: إن كنت أذنت لك في ابتياعها بعشرين، فقد بعتكها بعشرين وأصحهما الصحة، فالنص إذن عليه وليس كما لو قال: «إن كان مورثي قد مات فقد بعتك ما له»[٤]؛ لأنه انضم إلى التعليق الجهالة بالحال [٩/٤١] ⇑.

«ثم قال الشافعي: أنه إذا امتنع أن يقول ذلك، فإن ذهب ذاهب إلى أنه يصير ملكًا للبائع بالجحود والحلف كان مذهبًا.

وأثبت صاحب «الإشراف» هذا قولًا»[٥] ومقتضاه: أن يأتي في مسألتنا تفريعًا على قول أبي حامد وجه أنه يرجع الملك في العبد إلى البائع بحلف المشتري، ولا يحتاج إلى أن يجعله كمن ظفر بمال غريمه، والذي قاله الرافعي أنه لا يتعلق بيمينهما فسخ، ولا انفساخ وهو موافق لما قاله القاضي أبو الطيب، فإن ثبت ما قاله صاحب «الإشراف» **كان في المسألة وجهان**:

أحدهما: أنه ينفسخ العقد بالحلف.

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٠٧).

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٩/ ٢٤).

(٥) المصدر السابق (٩/ ٣٠٨).

والثاني: يكون حكمه حكم من ظفر بمال غريمه، ولعله الأصح.

هذا كله تفريع على قول أبي حامد، وأن كلًّا منهما لا يجمع في يمينه بين النفي والإثبات.

أما إذا قلنا: يتحالفان ويجمع كل منهما بين النفي والإثبات فلا يخفى الحكم من أن الفسخ أو الانفساخ يرد على الألف، فيرجع إلى المشتري، ويرجع العبد والجارية إلى ملك البائع، ثم الكلام في الفسخ باطنًا أو ظاهرًا خاصة على ما تقدم، ويعود على بعض الأوجه الكلام في الظفر.

وما قدمناه الآن فيه فروع:

قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل وهبتنيه، فقد تقدم أن الأصح أن كلًّا منهما يحلف على نفي ما يدعي عليه.

وقال صاحب «التتمة»: يتحالفان، وعن صاحب «التقريب» رواية قول: إن القول قول مدعي الهبة؛ لأنه مالك باتفاقهما وصاحبه مدع عليه بالثمن، والأصل براءة ذمته منه، فحصل في المسألة ثلاثة أوجه.

وقد نقل بعضهم عن الفوراني القول بالتحالف، وهو كذلك في كتابه، لكنه فسره بالحلف، فلم يقل به، كما قاله صاحب «التتمة»، وإذا فرعنا على الأصح فحلفا، فعلى مدعي الهبة رده بزوائده، وسكت الأصحاب هنا عن أخذه بطريق، وينبغي إذا كان مدعي البيع محقًّا أن يكون حكمه حكم من ظفر بمال غريمه، ويعود فيه ما تقدم.

وقال الإمام: «إن هذ حكم الظاهر، والثابت باطنًا ما هو صدق في علم الله تعالى، [ووراء ذلك][(١)] نظر، وهو أن صاحب اليد اعترف لصاحبه وادعى انتقال الملك إليه بطريق انتفت في ظاهر الحكم»[(٢)]، فهو كمن وافق

---

(١) في المخطوطة: «ووراه»، ولعل الصواب ما أثبتناه. نهاية المطلب (٥/ ٣٦٥).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٥). باختصار.

على الإقرار بحق وخالف في الجهة، وهو أصل من أصول الأقارير.

ولو قال: بعتك هذا بألف، فقال: بل رهنتنيه حلف كل واحد على نفي ما يدعيه صاحبه، ورد الألف واسترد العين، هكذا قالوه، ويأتي فيه ما قدمناه من حكم الظفر.

«ولو قال: وهبتكه بألف استقرضته، فقال: بعتنيه بألف، فالقول قول المالك مع يمينه، وترد الألف ولا يمين على الآخر، ولا يكون رهنًا؛ لأنه لا يدعيه، قاله في «التهذيب»[1] ونقله الرافعي عنه»[2]، وفي رد الألف إلى مدعي الشراء، وهو ينكر استحقاقها نظر وذكرها المصنف في باب الرهن.

فرع قد ذكرنا مسائل مجزومًا بالتحالف فيها، [٤٢/ب] وأخرى مختلفًا فيها، وأخرى مجزومًا فيها بعدم التحالف، وكلها ذكرها الرافعي في قسم أن يختلفا مع الاتفاق على عقد صحيح.

ثم ذكر القسم الثاني المقابل لذلك، أن يختلفا من غير اتفاق على عقد صحيح[3]، فإذا أدرجنا المسائل المتقدمة كلها في القسم الأول كما يشعر به كلامه كان المراد الاتفاق على مطلق العقد الصحيح سواء اختلفا في نوعه؛ كالبيع، والهبة، والرهن، أو في المعقود عليه كالاختلاف في عين المبيع، وهو كلام صحيح لكنه لا يستفاد منه ضابط التحالف، وهو لم يلتزمه في «الشرح».

وأشار في «المحرر»[4] إلى أن ضابطه أن يختلفا في كيفية البيع بعد

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٧).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٦٢).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المحرر (ص: ١٥٥).

الاتفاق على صحته، فإذا حملناه على مطلق البيع دخل فيه اختلافهما في عين المبيع، وإن كان هو لم يذكره في التمثيل، بل يدخل فيه ما إذا اختلفا في عين المبيع وعين الثمن، ولم يتواردا على شيء، وذلك لا يتحالفان فيه خلاف نعلمه.

وضبطه الغزالي «بأن يتفقا على بيع ومبيع معين، ويقع الاختلاف فيما وراءه مما يقع وصفًا للمبيع المتفق عليه»[١]، وهذا يخرج الاختلاف في عين المبيع، فهو ماشٍ على الشيخ أبي حامد.

ولكنا قد قدمنا عنه أنه خرج تلك المسألة على مسألة الإقرار، وأن الأصح فيها عنده اللزوم، وأنه صحح في نظيرها من الصداق التحالف، فما ذكره هنا من الضابط يخالف ذلك، وإن لم يلزمه في الصداق لما قدمناه من الفرق لزمه في تخريجه على مسألة الإقرار، وتصحيحه فيها.

وقد نقل القاضي حسين عن أصحابنا اختلافًا في حد ما يثبت به التحالف على ثلاثة أوجه أخرى:

أحدها: ونقله صاحب «التتمة» عنه أنه كان يقوله: أن يدعي كل منهما عقدًا صحيحًا لا على الوجه الذي يدعيه صاحبه، ولو قدرنا ذلك الاختلاف موجودًا حالة العقد امتنع انعقاده، وهذا يقتضي التحالف إذا اختلفا في عين المبيع.

وقد اقتضى كلامه أولًا أنهما لا يتحالفان، ويقتضي أنه [إذا][٢] ادعى كل منهما مبيعًا وثمنًا غير الذي ادعاه الآخر يتحالفان، ولم يقل به أحد.

الثاني: أن يتنازعا على وجه تسمع بينة كل منهما، ولو أقاما جميعًا البينة

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).

(٢) في المخطوطة: «أنه ادعى»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

تعارضت بينتاهما، وهذا يقتضي أنهما إذا اختلفا في البيع والهبة يتحالفان.

الثالث: أن يختلفا في مقصود[١] في العقد، أو مشروط فيه لو أقام كل واحد منهما عليه البينة سمعت، وهذا يقتضي التحالف إذا اختلفا في عين المبيع.

فهذه خمسة حدود أقربها ما قاله الغزالي[٢]، ولا يرد عليه غير ما تقدم على طريقته، وكل منها لا يخلو عن مناقشة، ولا سبيل إلى ضابط لا يرد عليه شيء، إلَّا أن يذكر ضابطًا للمتفق على التحالف فيه، وإلَّا فكل أحد يذكر ضابطًا على مختاره يخالفه الآخر فيه، وسيأتي مسائل في شروط العقد إذا حصل الاختلاف فيها، وينبغي أن يفسر المبيع في ضابط الغزالي[٣] بما يشمل المبيع والثمن، فإن الثمن إذا كان معينًا تحالفا بلا خلاف، وإن [٤٣/أ] اختلفا في المبيع، وإن أريد العبارة الناصة على ذلك، فيقال: أن يتفقا على بيع وعوض معين ويقع الاختلاف فيما وراءه، فهذا الضابط ماشٍ على طريقة الشيخ أبي حامد وصاحب «التنبية»، وأما الغزالي فيرد عليه فيه ما تقدم.

فرع قال: بعتك هذه الجارية، فقال: بل زوجتنيها، قال المصنف في «التنبيه»[٤]، والجرجاني، والإمام[٥]، والغزالي[٦]: أنه يحلف كل منهما على نفي ما يدعي عليه، وليس ذلك من التنازع في صفة العقد حتى يخرج على التحالف، وإذا نكل الذي يتوجه عليه يمين النفي حلف صاحبه

---

(١) كتب في هامش المخطوط في نسخه: ملفوظ.
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).
(٣) المصدر السابق.
(٤) التنبيه (ص: ٩٧).
(٥) نهاية المطلب (٧/ ٨٤).
(٦) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).

اليمين المردودة على الإثبات على قياس الخصومات.

وعن صاحب «التقريب» أنه ذكر على هذا استدراكًا، فقال: لا تعرض اليمين على من يدعي البيع؛ لاعترافه بزوال ملكه، ومقصود العرض أن ينكل فيحلف العارض، ويمين الرد تنزل منزلة الإقرار من المدعى عليه.

وها هنا لو أقر المدعى عليه بالتزويج لم يقبل؛ لأنه أقر بزوال ملكه، فيكون ذلك إقرارًا في ملك الغير.

نعم، إن قلنا: اليمين المردودة كالبينة اتجه عرض اليمين عليه.

قال الغزالي في «البسيط»: وما ذكره متجه، وعليه استدراك وهو البناء على أصل آخر، وهو أن من ادعى مالًا لغيره فأنكره المقر له فيقبل رجوع المقر له، وفي رجوع المقر خلاف، فإذا قبلناه فيقبل ها هنا إقراره بالتزويج، ويكون رجوعًا، والحق لا يعدوها.

قلت: والأصح صحة الرجوع في حال إنكار المقر له، فعلى هذا يصح إقراره بالتزويج، وبه يظهر صحة كلام الأصحاب على المذهب، وفي كل من الاستدراكين فائدة، والأصح عند الغزالي أنه لا يصح الرجوع، فالاستدراك عليه متجه.



قال المصنف رحمه الله:

فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد، وجب على المشتري الثمن، فإن كان العبد في يد المشتري أقر في يده، وإن كان في يد البائع، ففيه وجهان: أحدهما: يجبر المشتري على قبضه؛ لأن البينة [قد][1] شهدت له بالملك. والثاني: لا يجبر؛ لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه، فلم يسلم إليه، فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه.

الشرح

تبع المصنف في ذلك القاضي أبا الطيب، فإنه ذكر المسألة كذلك تصويرًا ونقلًا بعد أن ردَّ على الشيخ أبي حامد في قوله بعدم التحالف، واقتصر كما يراه على ما إذا أقام البائع البينة.

وأما الشيخ أبو حامد، فإنه قال: إن لم يكن معهما بينة، فالقول قول كل منهما فيما يدعى عليه، فيحلف [وتسلم الجارية إلى المشتري][2]، وأما العبد فإن كان في يد المشتري أقر في يده، وإن كان في يد البائع أقر في يده، وقد تقدم هذا عنه.

قال: وإن أقام كل منهما بينة قضى بالجارية للمشتري، ووجب عليه تسليمها إليه، وأما العبد فإن كان في يد المشتري أقر في يده، وإن كان في يد البائع نفي إجبار على قبضه ⇑ [٤٣/ب] الوجهان اللذان حكاهما المصنف، والرافعي[3] رحمهما الله سلكا[4] ما سلكه الشيخ أبو حامد، فحكى

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) في المخطوطة: «وتسلم إلى الجارية إلى»، ولعل الصواب ما أثبتناه. بحر المذهب (٥/ ١٥).

(٣) فتح العزيز (٩/ ١٦٣).

(٤) في المخطوطة «سلك» ولعل الصواب ما أثبتناه.

الوجهين في حالة إقامة كل منهما البينة، وكذلك الماوردي[١]، وصرح بأنهما لا يتعارضان؛ لأن كل بينة منهما تثبت عقدًا لا يقتضي نفي غيره، فيصير المشتري ملزمًا لابتياع الجارية بألف، وله أن يتصرف فيها كيف شاء، وملزومًا بابتياع العبد بألف، وكذلك الشيخ أبو حامد صرح بعدم التعارض.

وهذا الذي قاله الشيخ أبو حامد، والماوردي[٢]، والرافعي[٣] من الحكم بوجوب تسليم الجارية عند قيام البينتين، وإنما يسمعان ويحكم بمقتضاهما لكل منهما بما ادعاه من غير تعارض كلام المصنف، والقاضي أبو الطيب ساكت عنه.

ولك أن تقول: أما الذي قاله المصنف والقاضي أبو الطيب، فلا شك فيه، وأما الذي قاله الشيخ أبو حامد والماوردي[٤] والرافعي[٥]فهو من أبي حامد والماوردي تفريع على رأيهما في أنه لا تحالف؛ لأنهما عقدان، أما من يقول بالتحالف فقياس قوله أن يحكم بتعارض البينتين وقد صرح الماوردي وغيره من الأصحاب بالتحالف عند اختلاف البينتين في مقدار الثمن لتعارضهما.

وذكر الرافعي وغيره من الأصحاب في كتاب الدعاوى: «إذا قال المكري: أكريتك هذا البيت من الدار شهر كذا بعشرة، وقال المكتري: بل أكريت جميع الدار بالعشرة أو بعشرة»[٦][٧]، «أو ادعى أحدهما الكراء

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).
(٢) المصدر السابق.
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٦٣).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).
(٥) كرر هنا كلمة، «والرافعي»، وهي زيادة.
(٦) كرر هنا كلمة، «أو بعشرة»، وهي زيادة.
(٧) فتح العزيز، ط العلمية (١٣/ ٢٤٩).

بعشرة والآخر بعشرين، وأقام كل واحد منهما البينة، **فقولان أو وجهان**:

أحدهما: أن البينة المشتملة على الزيادة أولى، كما لو شهدت بينة بألف وبينة بألفين ثبت الألفان.

قال الرافعي: «وأصحهما وهو المنصوص أن البينتين متعارضتان، والزيادة المرجحة هي المشعرة بمزيد علم ووضوح حال، والزيادة فيما نحن فيه إنما هي زيادة في المشهود به، ويفارق بينة الألف والألفين، فإنهما لا يتنافيان؛ لأن التي تشهد بالألف لا تنفي الألف الأخرى، وها هنا العقد واحد، وكل كيفية تنافي الكيفية الأخرى فتثبت التعارض»[1] هذا كلام الرافعي في كتاب الدعاوى.

ولا مزية في أن من يقول في مسألتنا هذه بالتحالف؛ كالقاضي أبي الطيب وغيره يقول بالتعارض كالمسألة التي ذكرناها عن الدعاوى، وكالاختلاف في مقدار الثمن فيما ذكره الرافعي هنا من الحكم إذا قامت البينتان يجب أن يكون مفرعًا على قول الشيخ أبي حامد، وينبغي أن يحكي في المسألة طريقان: إحداهما هذا، وهو على طريقة أبي حامد.

والثانية: أنهما يتحالفان، وهي على طريقة أبي الطيب، ولا جرم لم يفرض أبو الطيب المسألة فيما إذا أقام البائع البينة وحده ومنعه المصنف، ولما كان رأي الشيخ أبي حامد عدم التحالف، وأنهما عقدان حكم بموجب [٤٤/أ] البينتين، وأن لا تعارض، فكل منهما جار على أصله، لكنا قدمنا أن في جميع صور الاختلاف الصادر عقد واحد، وإنما الاختلاف تارة في نوعه، وتارة فيما ورد، وتارة في صفته، فهو واحد باعتبار، ومتعدد باعتبار.

فعند قيام البينتين إما أن يُحكم بالتعارض في الجميع وهو الحق، أو لا يحكم بالتعارض في الجميع مع الإمكان، حتى إذا قامت بينتان عند

(١) فتح العزيز ط العلمية (١٣/ ٢٥٠).

الاختلاف في قدر الثمن يحكم بالزائد، وهو خلاف ما صرح به الأصحاب هنا، وفي كتاب الدعاوى، وعلى الجملة، فالقول بالتعارض مناسب للقول بالتحالف، وعدمه مناسب لعدم، ومتابعة الرافعي للشيخ أبي حامد فيه، ربما يقال: أنه تقتضي موافقته في القول بعدم التحالف، وإن لم يتعرض في «الشرح» لترجيح فيه، ونحن قد قدمنا أن الذي يُقوي على مقتضى المذهب التحالف يُقوي هنا التعارض، وقد يفرض ذلك على وجه يقطع بالتعارض فيه بأن يصنف كل من البينتين ذلك إلى عقد متحد بالزمان والمكان، كما إذا قالت إحدى البينتين: يشهد بأن البيع الذي جرى بينهما في الوقت الفلاني جرى على العبد، فتقول البينة الأخرى: إنما جرى على الجارية، فهذا معارض قطعًا، وليس ثَمَّ ما يمنع من سماع هذه الشهادة.

وجزم المصنف بأنه إن كان العبد في يد المشتري أقر في يده، وكذلك غيره من الأصحاب، ولا يقال: إن المشتري مُقر بأنه ملك البائع فيأتي فيه الخلاف فيمن أقر لشخص بشيء وكذبه يقر في يد المقر على الأصح.

وقيل: يحفظه الحاكم. وقيل: يسلم للمقر له، فإنا نفرق بأن تكذيب البائع ها هنا قد تأكد بالبينة، فلا يمكن أن يجبر على أخذه، وهذا يظهر فيما فرضه المصنف، وهو إذا قامت البينة من جهة البائع فقط، أما إذا كانت من جهتهما، كما فرضه الشيخ أبو حامد، والرافعي[1] ففيه نظر، والذي قاله الشيخ أبو حامد أن البائع لا يجبر على أخذه منه وسكت عن كونه يقر في يده أو يحفظه الحاكم، فقد يطرد الوجه المذكور فيه في مسألة الإقرار.

وقد يفرق بأن الملك هنا لا يعدوهما، ومقتضى البينتين مؤكد لذلك، وأما في مسألة الإقرار، فإنه يبقى كالمال الضائع، فلذلك يحفظه الحاكم على وجه، فإنه خرج عن المقر ظاهرًا لمقتضى إقراره، وعن المقر له

(١) فتح العزيز ط العلمية (١٣/ ٢٥٠).

بمقتضى تنكيه، فيصير مجهول المالك، فيحفظ حتى لو فرضنا أن المقر له زعم أنه للمقر، وصار كل منهما يدعي أنه للآخر، فقد يقال: إنه يصير كمسألتنا هذه، ولا ينزع ممن هو في يده جزمًا، ولا أعرف في ذلك نقلًا.

وقوله في تعليل الوجه الأول: إن البينة شهدت له بالملك هذا مع كون القبض مبرمًا للبائع عن عهدته ⇑ [٤٤/ب] ظاهر، أما لو تجرد المعنى الأول، كما إذا ادعى البائع أن المشتري قبضه، ثم عاد إلى يده، فيحتمل أن يقال: أنه لا يجبر ها هنا؛ لأنه منكر لملكه ولا غرض للبائع في قبضه، ويحتمل أن يقال: إن للبائع غرضًا في إزالة يده عن ملك الغير.

والثاني: لا يجبر، هذا الوجه هو الذي جزم به ابن أبي عصرون في «المرشد» فهو الصحيح لذلك، ولأن دليله أقوى، وعلى المصنف تقتضي أنه لا يجوز تسليمه إليه وهو كذلك إلا أن يرجع فيدعيه، وقوله: «فعلى هذا يسلم إلى الحاكم ليحفظه». هذا التعليل من المصنف يشمل ما إذا زعم البائع أنه في يده لم يقبضه المشتري، وما إذا زعم أنه قبضه، ثم أعاده إليه، والماوردي[١] عَلَّله ببراءة البائع من ضمانه.

وقد قدمت الآن بحثًا في ذلك، فإن صح أنه يجاب البائع إلى إزالة يده عن ملك الغير مطلقًا، وهو الأوْلى كان تعليل المصنف أولى.

نعم! تكون العلة أيضًا براءة البائع عنه، وإن لم يكن بطريق العهدة، وأما نفس الحفظ، فليس هو العلة.

ثم قال الرافعي: «وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكن له كسب ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه فعل»[٢]، وهذا يقتضي أنه إذا كان له كسب لا يباع، والذي قاله الشيخ أبو حامد أن الحاكم إذا أخذه ينظر، فإن كانت

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٥٧).

المصلحة في بيعه وإمساك الثمن فعل، وإن كانت المصلحة في أن يتركه يكتسب وينفق عليه من كسبه فعل، وهذا أحسن مما قاله الرافعي، فإن كلام الرافعي يقتضي أنه إذا كان له كسب لا يباع، وإن كان الأصلح في بيعه.

والماوردي وافق أبا حامد وقال: «إن للحاكم أن يفعل أحظ الأمرين من بيعه ووضع ثمنه في بيت المال؛ ليعترف[١] به المشتري فيأخذه أو يؤاجره أو يأذن له في الكسب وينفق عليه من أجرته أو كسبه، ثم يكون فاضل أجرته وكسبه في بيت المال؛ ليعترف[٢] به المشتري فيأخذه معها»[٣]، وهذا فيه موافقة لأبي حامد، وقول الماوردي هنا في بيت المال لا يريد به إلَّا المكان الذي يحفظ فيه القاضي الأموال.

ويؤخذ من كلام المصنف القطع بأنه لا يقر في يد البائع وهو كذلك، وتوجيهه يؤخذ مما تقدم أنه تأكد صدقه بالبينة، وذلك ظاهر في فرض المصنف.

وأما إذا قامت البينة منهما كما فرضه الشيخ أبو حامد والرافعي[٤]، فقد أطلقوا ذلك أيضًا، وصرح الروياني[٥] بأنه لا خلاف فيه؛ لأنه معترف بأنه ملك لغيره ولا حق له فيه، ولك أن تقول: إن هذا التعليل يرد عليه قولهم: إنه يقر في يد المشتري إذا كان في يده مع أنه معترف بأنه لا حق له فيه، والجانبان في ذلك متساويان.

نعم، إذا فرض ذلك قبل القبض، فقد تعلل ذلك بإبراء البائع من عهدته، لكن مقتضى هذا أن ذلك يكون من حق البائع حتى إذا لم يطلبه [٤٥/ب] يترك.

---

(١)(٢) في المخطوطة: «ليعرف»، والمثبت من الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

(٤) فتح العزيز (٩/ ١٥٧).

(٥) بحر المذهب (٥/ ١٥).

وقول الروياني: «إنه لا يترك في يده بلا خلاف»[١] ظاهره يقتضي أنه لا يجوز إبقاؤه في يده، والتحقيق أنه لا فرق بين البائع والمشتري في جواز تركه في يد مَنْ كان في يده، وأما إذا أراد إخراجه، فيفرق بين البائع والمشتري في جواز تركه في يد مَن كان في يده، وأما إذا أراد إخراجه، فيفرق بين البائع والمشتري بما تقدم من كون البائع له غرض في براءته من العهدة، ومتى فرض انتفاء هذا الغرض بأن قال: بعتكه وأقبضته، ثم عاد إليَّ، فالوجه أنه يترك في يده كما في نظيره إذا كان في يد المشتري، كما في مسألة الإقرار، ومحاولة الفرق في هذه المسائل الثلاث فيها غموض، وهذا كله إذا قامت البينة منهما كما فرضه أبو حامد، والماوردي[٢]، والروياني[٣]، والرافعي[٤].

فرع إذا كان العبد في يد المشتري وبقَّيناه في يده، فله أن يتصرف فيه بما شاء من بيع إلَّا الوطء لو كان جارية، فإنه يحرم عليه؛ لإقراره بتحريم ذلك عليه، وعليه النفقة، قاله الشيخ أبو حامد والماوردي[٥]، ولك أن تقول: كيف يصح بيعه وهو مقر بأنه ليس ملكه؟! وهذا الإشكال عند قيام البينتين قوي لتساوي الجانبين واعترافه بعدم الملك، فينبغي أن يمتنع عليه جميع التصرفات إلَّا أن يرجع.

وأما على ما فرضه المصنف من قيام بينة البائع وحده فقد يقال: إن مقتضاها الحكم للمشتري بالملك ظاهرًا، فيجوز له التصرفات كلها ظاهرًا

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٥).
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).
(٣) بحر المذهب (٥/ ١٥).
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٥٧).
(٥) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

إلَّا الوطء، فيمنعه منه؛ لاعترافه بما يقتضي تحريمه و[خطر][(١)] الأبضاع، وفيه نظر، فينبغي أن يتأمل ذلك، وقياسه أن يأتي مثله فيمن أقر لشخص بجارية وهو ينكرها، وقلنا: تقرّ في يده.

فرع اقتصر الماوردي[(٢)] على أن فاضل الأجرة والكسب يكون محفوظًا حتى يعترف به المشتري، فيأخذه مع الكسب والأجرة كما تقدم عنه، وزاد الروياني[(٣)] على ذلك، فقال: ولو مات وطلب ورثته دفعه إليهم، فإن أراد أنه مات بعد اعترافه فصحيح، وإن أراد قبل اعترافه فمشكل؛ لأن مورثهم معترف بأنه لا حق له فيه، ولم يرجع عنه، إلَّا أن يقال: ينتقل حق الرجوع للورثة، كما كان للمورث، ولا يبعد ذلك، وقياسه أن يأتي في مسألة الإقرار مثله.

وفي كلام الشيخ أبي حامد ما يوافق الروياني، ويقتضي أن حق الرجوع ينقل للوارث كما كان للمورث.



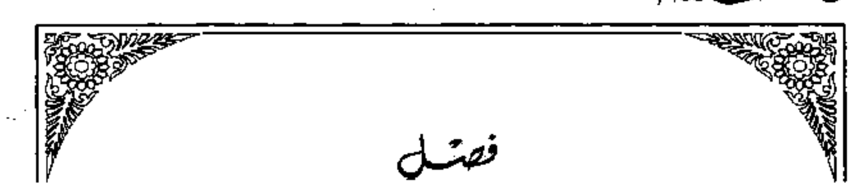
---

(١) في المخطوطة: «وخطى»، ولعل ما أثبتناه هو الصواب.

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٥).

قال المصنف رحمه الله:



فصل

[الاختلاف في شرط الخيار والأجل]

وإن اختلفا في شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو في قدرها تحالفا لما ذكرناه في الثمن.

الشرح

ما تقدم من الاختلاف كان فيما لا يخلو العقد عنه كالثمن والمبيع، والمقصود هنا اختلافهما فيما يمكن خلو العقد عنه، كشرط الخيار إما ثلاثًا أو أقل، أو شرط[1] الأجل أو الرهن بالثمن أو في قدر كل من ذلك أو شرط الإشهاد أو الضمين، ويكون دعوى كل منهما لا ينافي صحة العقد.

فمذهبنا أنهما يتحالفان كما تقدم، نص عليه الشافعي والأصحاب، ولا يكاد يعرف [٤٥/ب] ⇑ في المذهب خلاف في ذلك إلَّا أن المزني في «المختصر» في كتاب الإقرار نقل عن الشافعي أنه قال في المتبايعين: «إذا اختلفا في الخيار أن القول قول البائع مع يمينه»[2].

وابن داود في «شرحه» قال: بل يتحالفان. لكن نقل المزني عن الشافعي لا يرد بمثل هذا القول من ابن داود، فينبغي أن يتثبت في ذلك أو يُؤَوَّل

(١) كرر هنا كلمة: «أو شرط». وهي زيادة.
(٢) مختصر المزني (٨/ ٢١٣).

الكلام على أن القول قول البائع، فيحلف ثم يحلف المشتري إن لم يوافق، وذلك هو التحالف حتى يوفق بينه وبين المشهور في المذهب، ويكون مراد المزني أن البائع إذا قال: بعت بشرط الخيار لا ينقض إقراره، ويلزمه البيع بلا خيار، وهذا - والله أعلم - مراد المزني، فإنه احتج بذلك بعد تبعيض الإقرار، فلا جرم لا يتوهم منه جريان خلاف للشافعي، نعم، نقل الهروي عن ابن سريج أنه لا يثبت التحالف إذا اختلفا في الخيار والأجل، بل القول قول البائع.

وكذلك قال أبو حنيفة[1]: لا يتحالفان؛ لأن هذه الأشياء قد يخلو العقد عنها، ولأن مقصود العقد العوضان، وهذه الأشياء ليست هي المقصود منه، وأقوى ما يتقوى به مذهبه العلة الأولى، فإن قول المنكر لهذه الشروط معتضد بالأصل؛ لاتفاقهما على العقد واختلافهما في انضمام شيء إليه والأصل عدمه.

لكن أصحابنا أثبتوا التحالف في ذلك؛ تمسكًا بإطلاق الحديث الذي استدلوا به، وبأن صفات العقد ملحقة بأصله، فكان لها حُكمه في التحالف، وبأن هذه الشروط تأخذ قسطًا من الثمن، فصارت كأجزاء الثمن، وبأنها قد تكون مقصودة، ولذلك يشترط، وكون العقد قد يخلو عنها منقوض بالاختلاف في قدر المبيع والثمن، فإن الزيادة قد يخلو العقد عنها.

واعلم أن الاختلاف في المقدار في هذه الأمور كالاختلاف في مقدار الثمن سواء، وليس أحد منهما معضودًا بأصل، فإن من يدعي شرط خيار يوم مخالف لمن يدعي خيار يومين من غير إلحاق.

وأما الاختلاف في الأصل، فمن ينكر شرط الخيار لا ريبة في أن الأصل معه، وغاية ما يدفع ذلك بأن المنكر مدَّع ورود البيع من غير شرط، لكنا

---

(١) انظر: البحر الرائق (٧/ ٢١٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ٥٥٩).

نقول: أن قوله راجح بالأصل، فالوجه التمسك بإطلاق الحديث أو تقرير إلحاق الصفات بالأصل.

ولا غنى عن أن يتمسك أيضًا بأن القول قول البائع في صفة البيع الذي يدعى عليه، وهو إنما أقر ببيع موصوف بصفة، فدعوى بيع موصوف بصفة أخرى مخالف للأصل، ويدخل في هذه الشروط أيضًا شرط البراءة إذا صححنا العقد معه، وكذا شرط العتق، وكذلك الاختلاف في الكفيل أو قدره؛ إما من جهة المشتري بالثمن، وإما من جهة البائع بالعهدة، فكل ذلك يقتضي التحالف عندنا، وكذلك إذا قال: بعتني هذا الثوب على أنه هروي، فقال: بل على أنه مروي، أو العبد على أنه تركي، فقال: على أنه نوع آخر، فإن التحالف يجري.

قال الغزالي: «وكل شرط يقبله العقد»[1]، وهذه العبارة شاطة فلا حاجة إلى تعدادها [٦/١] ولو قال المشتري: بعتني هذا العبد بشرط أنه كاتب وأنكره البائع، **فوجهان**:

أصحهما في «التتمة»: أنهما يتحالفان.

والثاني: أن القول قول البائع.

فرع[2] لو اتفقا على شرط الأجل وقدره، واختلفا في انقضائه، فالقول قول من يدعي بقاءه؛ لأنه الأصل، ففي بيع الأعيان: القول قول المشتري؛ لأن الأجل حقه، وفي السلم: القول قول البائع، وهو المسلم إليه؛ لأن الأجل حقه هذا هو المنقول، ونسبه الفوراني إلى النص، والأمر كما نسبه؛ لأن في «الأم» في باب اختلاف المسلف والمسلف في الثمن

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).

(٢) في المخطوطة: «فسر»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال: «ولو تصادقا على البيع والأجل فقال البائع: لم يمض من الأجل شيء، أو قال: مضى منه شيء يسير، وقال المشتري: بل قد مضى كله، أو لم يبق منه إلَّا شيء يسير كان القول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البينة»(١). انتهى.

وهذا لا خلاف فيه؛ لأنهما لم يختلفا في صفة العقد، بل اتفقا على المبيع والثمن والأجل هكذا علله الشافعي في بقية كلامه، وشبهه برجل استأجر رجلًا سنة بعشرة دنانير، فقال الأجير: قد انقضت، وقال المستأجر: لم يمض، فالقول قول المستأجر، وعلى الأجير البينة.

وفي «مختصر البويطي» في باب السلف: «وإذا اختلف المتبايعان في السلف فقال هذا: أسلمت إليك درهمًا في كُرٍّ إلى رمضان، وقد انقضى، وقال الآخر: لم ينقض بعد، تحالفا وانفسخ السلم»(٢).

وهذا النص ظاهره يوهم خلاف ما تقدم، ولكن يجب تأويله على أن الآخر ادعى أجلًا لم ينقض غير ما ادعاه الأول حتى يكون ذلك اختلافًا في السلف، كما صدَّر المسألة به، وحينئذٍ يتحالفان.

وأما القسم الأول فحقيقة الاختلاف فيه راجعة إلى الخلاف في وقت العقد، فإنه إذا أسلمت إليك إلى شهر قد انقضى، فقال: إلى شهر لم ينقض، فالشهر متفق عليه والنزاع في وقت صدور العقد، فمن ادعى تقدمه عليه البينة؛ فلذلك لم يتحالفا.



---

(١) الأم (٣/ ١٣٩).
(٢) مختصر البويطي (ص: ٦٢١).

قال المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ:

وإن اختلفا في شرط يفسد البيع، ففيه وجهان بناء على القولين في شرط الخيار في الكفالة:

أحدهما: أن القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الأصل عدم ما يفسد.

والثاني: أن القول قول من يدعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد، فكان القول قول من يدعي ذلك.



الشرح

المنصوص للشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذه المسألة في «البويطي» أن القول قول من يدعي الصحة، فإنه قال في باب السلف: وإذا أسلفه في كُرٍّ واتفقا على الشهر الذي يقبضه وادعى له الخيار لم أقبل منه، وكذلك كل شيء أدخل في السلف مما يفسخ به السلف، ثم قال بعد ذلك: وأن الذي لا يفسد إذا اتفقا على الثمن والبيع على الأجل، ثم أدخل أحدهما في ذلك شيئًا يريد به إبطال السلف مثل أن يقول: زق خمر، ومثل أن يقول: قد كان بيني وبينك شرط متى شئت أعطيتك الطعام، ومتى شئت فسخت البيع، وما أشبهه لم يكن له أن يبطله ⇑ [٤٦/ب] بالكلام، ولذلك نقل القاضي أبو الطيب وغيره عن نصه في «البويطي» القول بالصحة.

وجزم به الشيخ أبو حامد، والمحاملي، والبندنيجي فيما حكى عنه، وصححه الغزالي[١] والمنقول عن صاحب «التقريب»: أن القول قول من يدعي الفساد حكاه عنه الخراسانيون القاضي حسين، والفوراني ومن

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).

تبعهما، وهو الذي قطع به الماوردي في «الحاوي»[١]، وتبعه ابن أبي عصرون في «المرشد» و«الوجهان».

قال القاضي أبو الطيب بعد حكايته نص «البويطي» أن أبا علي قالهما في «الإفصاح»، وأن نص الشافعي في الكفالة يدل عليهما، فاقتصر المصنف على حكاية الوجهين تبعًا لصاحب «الإفصاح»، وعلى بنائهما على شرط الخيار في الكفالة تبعًا للقاضي أبي الطيب، وقد حكى الخلاف في «التنبيه»[٢] قولين، فيحتمل أن يكون اطلع على نص آخر مخالف لما في «البويطي»، ويحتمل أن يكون أطلق عليهما القولين؛ لأن أحدهما منصوص، والآخر مخرج، لكن المنقول عنه أن المخرج لا ينسب إلى الشافعي.

وقد نقل الفوراني عن شيخه؛ وهو القفال أن في المسألة قولين بناء على القولين، فمن أقر بمال وقرن به ما يسقطه، وزعم بعضهم موافقة ذلك لما في «التنبيه»، لكن المفهوم من عبارة الفوراني هذه أنه أطلق القولين على المخرجين بقرينة البناء المذكور، ويؤيده أن القاضي الحسين نقل ذلك عن القفال وعبارته: أنه جعلها على وجهين، وذكر الأصحاب للخلاف أصلين:

أحدهما: ما ذكره القاضي أبو الطيب وتبعه المصنف فيه، وهو أن الشافعي[٣] قال في كتاب الإقرار فيمن كفل ببدن رجل، ثم اختلفا فقال الكفيل: تكفلت على أني بالخيار ثلاثًا، وأنكر المكفول له شرط الخيار، **ففيه قولان**:

أحدهما: أن القول قول الكفيل مع يمينه، وتفسد الكفالة.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).
(٢) التنبيه (ص: ٩٧).
(٣) الأم (٧/ ١٠٦).

والثاني: أن القول قول المكفول له مع يمينه، وتكون الكفالة صحيحة، ويطالب بتسليم المكفول ببدنه.

والأصل الثاني: ما تقدم عن القفال أن أصلهما القولان، فيمن قال لفلان: علي ألف من ثمن خمر، هل يؤاخذ بأول كلامه أم يقبل كونه من ثمن خمر ويلغو؟! فإن قلنا: بالثاني، فالقول قول مدعي الفساد، وإن قلنا: بالأول، فالقول قول مدعي الصحة.

ونقل الرافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، عن الأئمة تخريج الوجهين على هذين الأصلين، ثم قال: «ولمخرج أن يخرج الوجهين على قولي تقابل الأصل والظاهر»[١].

قلت: أما الأصلان اللذان ذكرهما القاضي[٢] أبو الطيب والقفال فهما راجعان إلى شيء واحد، وهو أنا هل نعتبر كلام المقر بجملته أو نبعِّضه، فإن اعتبرناه بجملته قبلنا قول مدعي الفساد، وإن بَعَّضنَا، فالقول قول مدعي الصحة، فليس بين ما ذكره أبو الطيب وما ذكره القفال اختلاف إلَّا في المثال خاصة، ويدلك على ذلك لفظ المزني في «المختصر» الذي تمسك به القاضي أبو [٤٧/أ] الطيب، فإنه قال: ولو أقر أنه كفل له بمال على أنه بالخيار وأنكر المكفول له الخيار، فمن جعل الإقرار واحدًا أحلفه على الخيار وأبرأه؛ لأنه لا يجوز بخيار.

ومن زعم أنه يبعض إقراره ألزمه ما نصره، وأسقط ما ادعى المخرج به، ولعل هذا مستند المصنف في حكايته الخلاف في المسألة قولين في «التنبيه»[٣]، فإن هذا أيضًا مثال من جملة الأمثلة التي يقال فيها بتبعيض الإقرار وباتخاذه، وقد ثبت القولان في القاعدة، فيجري في جميع أمثلتها،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٦٦).

(٢) كرر هنا كلمة «القاضي» وهي زيادة بدون فائدة.

(٣) التنبيه (ص: ٩٧).

ويكون القاضي أبو الطيب أراد التنصيص على المسألة المنقولة عن الشافعي.

والقفال ذكر مثالًا آخر من تلك القاعدة، وكل ذلك راجع إلى أصل واحد، وليس هذا من الأقوال المخرجة التي يمتنع المصنف من نسبتها إلى الشافعي.

وأما الذي ذكره الرافعي من التخريج على قولي تقابل الأصل والظاهر، فليس فيه مخالفة لذلك وكلاهما صحيح، فإن المقصود بما تقدم ذكر أصل الوجهين من كلام الشافعي؛ إثباتًا لنقلهما في المذهب، ثم بعد ذلك يتصدى للنظر في توجيههما، وكذلك نقل القاضي أبو الطيب فوجههما بعد ثباتهما على مسألة الكفالة وجه قول مدعي الصحة بالظاهر، وقول مدعي الفساد بالأصل.

والمصنف وجه كلًّا منهما بالأصل وجعلهما من تقابل الأصلين، وكلا المسلكين صحيح.

أما الأول: فلأن الظاهر من العقود الصادرة من أربابها أنها على الصحة والسلامة، والأصل عدم العقد بينهما، فكان ذلك من باب تقابل الأصل والظاهر.

وأما الثاني: فلأنه كما أن الأصل عدم العقد الصحيح، كذلك الأصل عدم الشرط المفسد، فكان ذلك من باب تقابل الأصلين.

وبهذا التقرير يعلم أن جانب الصحة اجتمع فيه أمران: الأصل والظاهر، وجانب الفساد اعتضد بأصل مجرد، فلذلك كان الأصح أن القول قول مدعي الصحة ترجيحًا للأصل، والظاهر على الأصل وحده، لكن ما ذكره القاضي أبو الطيب والرافعي من التخريج على الأصل، والظاهر مطرد في جميع الصور.

وما ذكره المصنف من التخريج على الأصلين لا يطرد، فإن الشرط الذي وجوده مفسد يصح أن يقال: الأصل عدمه، وفيه يتجه ما قلناه ويقوي قول مدعي الصحة.

وأما الشرط الذي عدمه مفسد كالرؤية، فالأصل عدم الرؤية، وذلك يقتضي الفساد، وقول مدعي الصحة لا يعضده أصل، وإنما يعضده ظاهر، فلا جزم قبول قول مدعي الفساد هنا أظهر منه في القسم المتقدم، وعند هذا يقول: **الاختلاف في الصحة والفساد له مراتب**:

الأولى: أن يجري الاختلاف في صفة المعقود عليه، مثل: أن يقول العبد الذي وقع العقد عليه: كان حرًا، أو حر الأصل، أو الأمة: كانت أم ولد، أو المبيع: كان ملكًا لغير البائع.

فالذي جزم به القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، [٤٧/ب] وغيرهما من العراقيين أن القول قول مدعي الصحة، وجعلوا ذلك أصلًا فأثبتوا عليه أحد الوجهين هنا، وكأنهم يرون أن ذلك لا خلاف فيه، وذلك لأن قول مدعي الفساد في هذه المرتبة لم يعتضد بأصل، فاعتضاد قول مدعي الصحة بالظاهر سالم عن المعارض، وليس هنا تقابل أصلين ولا أصل وظاهر، وأيضًا فإن مقتضى الإقدام على شراء العبد الاعتراف برقِّه، هذا ما ذكره هؤلاء.

لكن الجرجاني في «الشافي» قال فيما إذا قال المشتري: بعتني هذا العصير وهو خمر، وقال البائع: بعتكه وهو عصير، ثم صار خمرًا، أن القول قول من يدعي الفساد؛ لأن الأصل عدم العقد ولم يحك في ذلك خلافًا، والرافعي[1] جعلها من صور الاختلاف في الصحة والفساد، وأظن ذلك تفقهًا منه لا نقلًا ولا ملمح فرق بين ذلك وبين الاختلاف في ملك المبيع إلَّا أن الموجود في يد البائع خمر، ودعوى كونه كان عند العقد

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٦٦).

عصيرًا على خلاف الظاهر، بخلاف الحرية وعدم ملك المبيع ليس معنا دليل عليه، فلم نقبل قول مدعيه، لكن ملاحظة هذا المعنى تقتضي الجزم بقبول قول مدعي الفساد، كما قاله الجرجاني أو ترجيحه، ومقتضى تخريج الرافعي على ما سبق أن الأصح قبول قول مدعي الصحة.

وقال الروياني في «البحر»: «إذا كان في يد المشتري خل، فقال: باعنيه خمرًا وصار في يدي خلًّا، وقال: ما بعته إلَّا خلًّا، فالقول قول المشتري ولا بيع بينهما»[1]، وهذا مشكل جدًّا، فإن وجوده الآن خلًّا يصدق لدعوى الصحة بالطريق الذي قررت بها كلام الجرجاني، والرافعي فيما إذا كان الآن خمرًا، وقياس ذلك قبول دعوى الصحة، فالجزم بقبول دعوى الفساد لخل، ويعسر الفرق بينه وبين دعوى حرية المبيع، إلَّا أن يحمل ما قاله الروياني على أن البائع لم يوافقه على أنه باعه ذلك، وإنما باعه خلًّا آخر، فيتجه ما قاله، ولا يبقى مما نحن فيه؛ لعدم تواردهما على شيء واحد.

المرتبة الثانية: أن يختلفا في صفة العقد، فيدعي أحدهما وروده على وجه مفسد، وهذا على قسمين أن يكون المفسد زائدًا بحيث لو لم يوجد؛ لصح العقد بما اتفقا عليه كالاختلاف في شرط أجل مجهول أو خيار مجهول أو زائد على الثلاث، وكل شرط يقتضي انضمامه للعقد فساد العقد، أو في انضمام فاسد إلى الثمن كخمر ودراهم ثمنه أو غير ذلك مما لا يصح بيعه، ويدعي الآخر البيع بما هو قابل للبيع، فهذا محل الخلاف المتقدم، والأصح فيه قول مدعي الصحة.

أما في الشروط فلاعتضاده بالأصل، والظاهر على ما قدمناه هو أخذ صور تبعيض الإقرار وصاحب التهذيب صحح هذا الباب: أن الإقرار لا يتبعض، وأن القول قول مدعي الفساد، والأصح عند [٧/٤٨] الجمهور خلافه فيهما.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٦).

القسم الثاني: أن يدعي أحدهما أن الثمن كله فاسد، كما إذا قال: بعتك بألف درهم، فقال: بل بخمر، ففيه طريقان: أحدهما: إجراء الوجهين كما تقدم، والثانية: أن القول قول مدعي الفساد بلا خلاف نقلها صاحب «التهذيب»[1]؛ لأنه لم يقر بشيء يلزمه، ولك أن تقول: هو أقر بالبيع والأصل عدم ورود البيع بما يدعيه كل واحد من الثمن وجانب الصحة معتضد بالظاهر على ما تقدم.

المرتبة الثالثة: أن يختلفا في شيء يكون وجوده شرط لصحة العقد كالرؤية، فالذي جزم به القاضي حسين أن المشتري إذا قال: لم أر المبيع، إن القول قوله؛ لأن الأصل عدم الرؤية.

وقال الغزالي في «فتاويه»: القول قول البائع؛ لأن إقدام المشتري على العقد اعتراف بصحته.

وقال النووي في «الروضة»[2]: إنها مسألة اختلافهما في شرط مفسد، وأن الأصح أن القول قول مدعي الصحة، وعليه فرعهما الغزالي[3]، وما ذكره القاضي حسين أظهر، أما إذا قلنا: ليست الرؤية بشرط، واختلفا هكذا لأجل ثبوت الخيار.

قال الغزالي: الأصح أن القول قول المشتري، وهو ظاهر، ومن جملة ما استدل به الأصحاب؛ لقبول قول مدعي الصحة القياس على من فرغ من الصلاة، ثم شك هل ترك ركنًا، فإنه لا يجب عليه الإتيان به؛ لأن الظاهر صحة الصلاة، التفريع إذا ادعى البائع ثمنًا صحيحًا، والمشتري ثمنًا فاسدًا، وقبلنا قول مدعي الصحة، فكيف نعمل؟!

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٥).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٩١).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٦).

قال القاضي حسين: لا يمكننا أن نجعل القول قول البائع، فالوجه أن يقال بحبس المشتري حتى يبين ما يكون ثمنًا، وجعل قبول قول مدعي الصحة مطردًا إلَّا في هذه المسألة.

وقال صاحب «التتمة»: إذا قلنا: القول قول مدعي الصحة، فإن اتفقا على أن إيجاب البائع سابق، فيحكم بصحة العقد؛ لأنه إذا أسقط تسمية الخمر يبقى قوله: اشتريت، فيترتب على إيجاب البائع، وإن اتفقا على أن لفظ المشتري سابق، فلا يصح العقد؛ لأن قوله: اشتريت لا يوجب حكمًا ما لم يكن معه ذكر الثمن، **وإن اختلفا في السابق منهما، فالمسألة على وجهين**:

أحدهما: القول قول مدعي الصحة.

والثاني: القول قول مدعي الفساد.

وقد يستشكل قوله: بالفساد تفريعًا على القول بالصحة، وأجاب ابن الرفعة: بأن ذلك عند الإمكان، أما إذا لم يمكن فنقول: ارجع إلى القول الآخر، كما هو رأي بعض الأصحاب في أقوال الاستعمال عند تعارض البينتين إذا صرنا إلى قول منها، فلم تمكن في بعض الصور يعدل إلى الآخر في الاستعمال، ولا نقول بالتساقط.

قلت: وما قاله القاضي حسين أقوى مما قاله صاحب «التتمة».

فرع إذا ادعى أحدهما البيع بألف، وقال الآخر: بل بخمسمائة وزق خمر، وقلنا: القول قول مدعي الصحة، [٧/٤٨/ب] قال في «التتمة»: فيحلف بالله ما كان في العقد تسمية الخمر، فينتفي ذلك وتبقى المنازعة بينهما في قدر الثمن فيتحالفان، وكذا قال صاحب «التهذيب» تفريعًا على قبول قول مدعي الصحة.

ونقل ابن الرفعة عن «مختصر البويطي»: «أنه إذا قال: اشتريت بألف،

فقال: بل بعت بألف وزق خمر أو جلد ميتة، وما أشبه ذلك تحالفا وتفاسخا؛ لأن هذه زيادة ادعاها رب الثوب حرامًا كانت أو حلالًا»[١].

قلت: وجريان التحالف في هذه الصورة مشكل، وليست هذه كالصورة التي قالها صاحب «التتمة»؛ لأنا إذا أسقطنا الخمر في هذه الصورة صار الثمن بدعواهما ألفًا، فلا اختلاف ولا تحالف بخلاف المسألة الأولى فليتأمل ذلك.

فرع إذا فرعنا على قبول قول مدعي الصحة، فقد يكون مدعيًا شرطًا صحيحًا مخالفًا لما ادعاه الآخر من الشرط المفسد، كما إذا قال البائع: بعتك بشرط أجل مجهول، فيفسد العقد، فيقول المشتري: بل بأجل إلى سنة، وقياس قبول قوله على ما يقتضيه إطلاق القاضي حسين فيما تقدم أن يقبل قوله، ويثبت الأجل الذي ادعاه، وكذلك في سائر الشروط.

أما حيث لا يصدر من مدعي الصحة إلَّا إنكار الشرط الفاسد فقط بقبول قوله ظاهر، وليعلم أنا قدمنا أن الذي ينكر الشرط الفاسد الوجودي قوله معتضد بالأصل والظاهر معًا، وذلك فيما إذا اقتصر على الإنكار.

أما إذا ادعى شرطًا صحيحًا مخالفًا له، فيمتحض الظاهر في جانبه، ولا يبقى إلَّا تقابل الأصل والظاهر فقط؛ ولذلك قلنا: إن ما قاله أبو الطيب والرافعي مطرد في سائر الصور، وما قاله المصنف غير مطرد.

تنبيه:

نقل الرافعي[٢] عن ابن الصباغ، أنه اختار أن القول قول مدعي الصحة،

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣١١). بمعناه.

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٦٤).

ولا شك أن كلامه في «الشامل» مائل إلى ذلك، فإنه نقل نص البويطي واستدل له، وذكر بعد ذلك الخلاف، ولكن ليس في عبارته تصريح باختياره.

تنبيه:

ما تقدم من الكلام ينبهك على صورة المسألة فيما إذا لم يصدر إقرار متقدم بمطلق البيع، بل أقر به مقترنًا بالمفسد حتى يكون ذلك من باب تعقب الإقرار بما يرفعه، أما لو أقر بالبيع مطلقًا، ثم ادعى بعد ذلك أنه كان مقترنًا بشرط مفسد لم يسمع جزمًا، إلا أن يقال: إن الإقرار بالبيع لا يستلزم الإقرار بصحته، ويكون البيع صادقًا على الصحيح والفاسد.

فرع إذا باع الثمرة قبل بدو الصلاح ثم اختلفا هل شرط القطع أو لا؟! فالقياس أنه كاختلافهما في الرؤية، وقد تقدم حكمه، ولم أر في هذه نقلًا.



قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

وإن اختلفا في الصرف بعد التفرق، فقال أحدهما: تفرقنا قبل القبض، وقال الآخر: تفرقنا بعد القبض ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول [٤٩/أ] قول [مدعي][١] التفرق قبل القبض؛ لأن الأصل عدم القبض.

والثاني: أن القول قول من يدعي التفرق بعد القبض؛ لأن الأصل صحة العقد.



الشرح

قطع الماوردي[٢] بأن القول قول من ينكر القبض ويبطل العقد، وفصل ابن أبي عصرون، فقال: إن كان ما باع كل واحد منهما في يده، فالقول قول من يدعي عدم حصول القبض؛ لأن الحال يشهد به، وإن كان المالان في يد أمين لا تعلم الحال، أو في موضع التبايع، فالقول قول من يدعي حصول القبض؛ لأن الأصل صحة العقد ووجود ما يقتضيها، وكذلك لو أقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الصحة؛ لأن معها زيادة علم، هكذا ذكر في «الانتصار»، ووقع في النسخة [التي][٣] وقفت عليها من «المرشد» في القسم الأول: أن القول قول من يدعي حصول القبض، فنقله ابن الرفعة[٤] عنه كذلك، وجعل القول قول من يدعي حصول القبض في القسمين، وذلك محمول على غلط من النسخة سقط منها «عدم» من النسخة التي رأيتها، ومن النسخة التي وقعت لابن الرفعة، وليس في «المرشد»

---

(١) في المطبوع من المهذب: «من يدَّعي». (٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٥).
(٣) زيادة يقتضيها السياق. (٤) كفاية النبيه (٩/ ١٣٤).

تعليل مرشد إلى المعنى، فلذلك وقع الوهم لابن الرفعة، وأما «الانتصار» فوقع الكلام فيه على الصواب.

فالقسم الأول: الماوردي وابن أبي عصرون متفقان على أن القول قول من ينكر القبض، ويختلفان في القسم الثاني، وعضد ابن الرفعة ما قاله ابن أبي عصرون بما حكاه ابن الصباغ في السلم فيما إذا اختلفا في قبض رأس المال قبل التفرق أو بعده: أن القول قول من يدعي الصحة، قال: ولم يحك سواه وطرده فيما إذا كان في يد المسلم وادعى المسلم إليه أنه أودعه إياه أو غصبه.

قلت: فابن الصباغ يخالف الماوردي في القسمين بمقتضى كلامه، وإن لم يتكلم في عين المسألة، واعلم أن كلام المصنف وغيره مطلق، ولابد من التفصيل، فإن اتفقا على التفرق واختلفا في أصل القبض فادعاه أحدهما وأنكره الآخر فيترجح الحكم بأن القول قول المنكر؛ لأن الأصل عدم القبض، ومعارضة هذا بأن الأصل صحة العقد ضعيفة، وإن كان محتملًا ومحل احتماله على ضعفه إذا ادعى أنه قبضه، ثم أعاده إلى يده بوديعة أو غيرها.

أما إذا ادعى البائع أن المشتري قبض واستمر في يده، والمشتري منكر، فلا أعتقد أن أحدًا يقبل قول البائع على المشتري في هذه الصورة، وإن اتفقا على التفرق والقبض جميعًا ولكن اختلفا في السابق، فها هنا يتقابل الأصلان ويظهر الحكم بصحة العقد؛ لأن الأصل عدم سبق التفرق، والأصل عدم سبق القبض فيتعارضان، ويبقى الأصل صحة العقد سالمًا عن المعارض.

ويحتمل: أن يقال: القبض في الربويات شرط، فلا بد من تحققه، والأول أظهر؛ لأن الصحة ناجزة قبل القبض، وأن يوقف اللزوم عليه، وليس ذلك كما لو اتفق الزوجان على الرجعة وانقضاء العدة، [٤٩/ب] ⇑ واختلفا في

السابق.

أما أولًا: فلأن قول كل من المتبايعين في التفرق والقبض لو انفرد غير مقبول، وقول الزوج في الرجعة والمرأة في انقضاء العدة بمفرده مقبول.

وأما ثانيًا: فلأن التعارض موجب؛ لأنا لا نثبت الرجعة بالشك هنا، وكذا لا ينفسخ البيع بالشك هنا، فيبقى كل على ما كان عليه.

وهذان القسمان يندرجان في قول المصنف إن اختلفا بعد التفرق، فالوجهان جاريان في القسمين، وهما وإن كانا مطلقين في كلام المصنف وغيره، ولكن الأول أرجح في القسم الأول، والثاني أرجح في الثاني، وإن اتفقا على القبض واختلفا هل تفرقا أو لا، فالقول قول المنكر للتفرق ويصح العقد، ومعارضة هذا بأن الأصل عدم القبض ضعيفة.

وليس في كلام المصنف ولا غيره ما يقتضي جريان خلاف في هذا القسم، وسيأتي في نظيره في الخيار أن القول قول منكر التفرق قطعًا، وقياسه القطع هنا أيضًا، فإن القول قول منكر التفرق، وإن كان الرافعي أورد سؤالًا ستقف عليه.

وهذا التفصيل والتمييز بين الأقسام لا بد منه، فالأولان محل الخلاف، والثالث لا خلاف فيه إلا ما سيأتي من إشكال الرافعي.

وقد ذكر الروياني[1] في نظير المسألة من السلم أن القول قول مدعي الصحة، وأن بينته تقدم عند التعارض، وسنذكره في باب السلم إن شاء الله تعالى.



---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٦).

قال المصنف رحمه الله:

وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما: تفرقنا عن تراضٍ، وقال الآخر: تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول من يدعي التراضي؛ لأن الأصل عدم الفسخ وبقاء العقد.

والثاني: أن القول قول من يدعي الفسخ؛ لأن الأصل عدم اللزوم ومنع المشتري من التصرف.

الشرح

هذه المسألة كالمسألة السابقة، غير أن ها هنا مدعي الفسخ لو انفرد قوله قبل بخلاف مدعي القبض إذا عرف ذلك، فالوجهان مشهوران في هذه المسألة.

وذكر القاضي أبو الطيب أن أبا عليّ ذكرها في «الإفصاح»، وأطلقها المصنف وغيره[1] هكذا، **فدخل في هذا الإطلاق صورتان:**

إحداهما: أن يتفقا على التفرق ويختلفا في الفسخ، والذي يتجه فيها أن القول قول المنكر للفسخ؛ لأنه الأصل، ومعارضة هذا بأن الأصل عدم اللزوم، وإن كانت محتملة فهي بعيدة، وبذلك جزم القاضي الحسين، وقال: يحتاج أن يشهد شاهدي عدل أنه على ما ادعاه.

قلت: وهو نظير ما اتفق الزوجان على وقت انقضاء العدة، واختلفا في سبق الرجعة، فالأصح أن القول قول المرأة في إنكار الرجعة، وادعى صاحب «التقريب» أنه لا خلاف فيه.

(١) كرر هنا كلمة: «وغيره». وهي زيادة بدون فائدة.

الثانية: أن يتفقا على التفرق وصورة الفسخ، ويختلفا في السابق؛ فالأصل عدم التفرق قبل الفسخ، والأصل عدم الفسخ قبل التفرق، فهما أصلان متقابلان.

فقد يقال: [١/٥٠] ⇑ إن وراءهما أصلًا آخر، وهو جواز العقد، ولم يتحقق انقطاعه قبل الفسخ؛ لأن تعارض الأصلين في تقدم التفرق على الفسخ وعكسه ألغى اعتبارهما فيتمسك بالأصل السابق، وهو جواز العقد ويقبل قول مدعي الفسخ، وهو نظير البحث الذي تقدم في القبض والتفرق، ورجحنا به قول مدعي الصحة فيما إذا اتفقا عليها.

وقد يقال: بأن ذلك معارض بأن الأصل دوام الملك، والعقد مقيض للُّزوم، ويؤول إليه بنفسه من غير احتياج إلى سبب جديد، فلو حكمنا بالفسخ لكنا قد حكمنا بالشك، وقطعنا الملك المستصحب وخالفنا ما اقتضاه العقد من اللزوم بلا دليل، وهذا بخلاف ما تقدم في القبض، فإن القبض في الصرف أمر وجودي لا بد منه لدوام الصحة والأصل عدمه.

والفسخ هنا أمر وجودي لا بد منه في ارتفاع العقد، فكان قياس القول بالفساد هناك القول باللزوم هنا، ولا جرم هو الذي صححه الرافعي[١] كما يدل عليه إطلاق كلامه، وهو الراجح لما قلناه.

واعلم بعد ذلك أمورًا: **أحدها**: أن المصنف لم يفصل بين هاتين الصورتين، وكذلك الماوردي[٢] والرافعي[٣] وغيرهم، وذكروا الوجهين والأصح على ما قاله الماوردي في باب الربا، وابن أبي عصرون أن القول قول مدعي الفسخ، وهو قول صاحب «التقريب» على ما حكاه

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٤٦).
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٨٠).
(٣) فتح العزيز (٨/ ٣٠٩).

الخراسانيون.

والأصح عند الرافعي وغيره أن القول قول المنكر للفسخ، وهو جار في الصورتين لما قدمناه، وأما قول صاحب «التقريب» الذي صححه الماوردي وابن أبي عصرون، فلا شك أنه يقول به في الصورة الثانية؛ لأن دعوى الفسخ فيها أظهر منه في الأول.

وأما أنهم هل يقولون بذلك في الصورة الأولى أو لا؟! ففيه نظر في نظير هاتين الصورتين في الاختلاف في الرجعة وانقضاء العدة أن القول قول المرأة، وقياسه هنا أن يقول: القول منكر الفسخ، كما قاله الرافعي، وعندي أن ذلك لا يرد على صاحب «التقريب» إلا إذا ثبت عنه القول بذلك أعني بقبول دعوى الفسخ في الصورة الأولى هنا، فإنه في الرجعة قائل بقبول قول المرأة في الصورتين.

[وأما هنا، فإن إلى الثاني][1] أن الأصحاب قالوا في اختلاف الزوجين في الرجعة وانقضاء العدة أنه إن اتفقا على وقت الانقضاء، واختلفا في سبق الرجعة، فالقول قولها أو على وقت الرجعة واختلفا في سبق الانقضاء فالقول قوله، وإن تنازعا في السبق بلا اتفاق، فالأصح أنه إن سبق الرجل بدعوى الرجعة، فالقول قوله، وإن سبقت المرأة بدعوى انقضاء العدة، فالقول قولها، وان ادعيا معًا صدقت المرأة، فهل يأتي هذا التفصيل ها هنا أو لا؟!

والجواب: بعضه يأتي وبعضه لا يأتي، وذلك أنا نقول هنا إن [١/٥٠] اتفقا على وقت التفرق واختلفا في سبق الفسخ، فالقول قول منكر الفسخ، وإن اتفقا على وقت الفسخ، واختلفا في سبق التفرق، فالقول قول منكر التفرق، وإن تنازعا في الفسخ والتفرق والسابق منهما من غير تعيين وقت، فإن سبق

(١) كذا في المخطوطة.

أحدهما وادعى الفسخ، ثم ادعى الآخر سبق التفرق.

فقياس ما قالوه في الرجعة، أن يكون القول قول مدعي الفسخ؛ لأنه حالة دعواه الفسخ لم يكن له معارض، وقوله في الفسخ: مقبول، فيثبت الفسخ بقوله، ولا يقبل بعد ذلك قول مدعي التفرق، وإن سبق أحدهما وادعى التفرق، فلا نقول هنا: إن القول قوله؛ لأن التفرق لا يثبت بقوله وحده بخلاف انقضاء العدة، فهذا مما تفارق فيه هذه المسألة تلك، فإذا ادعى الآخر بعد ذلك الفسخ أو معه كان معارضًا لدعواه.

وقياس قولهم: إن القول قول المرأة في إنكار الرجعة أن يكون القول ها هنا قول مدعي اللزوم ومنكر الفسخ؛ لأن الفسخ نظير الرجعة، لكنا قدمنا عن صاحب «التقريب»؛ أن القول قضاء قول مدعي الفسخ، وهو من المصرحين في مسألة الرجعة أن القول قول المرأة؛ وكذلك أورد بعض الشارحين عليه.

وقال: كما وافق الأصحاب في الرجعة يلزمه موافقتهم هنا، وما قاله الأصحاب في الرجعة عامٌّ في الصورتين، وصاحب «التقريب» يصرح بذلك فيهما، ولم أتحقق عنه ها هنا هل يقول بقبول دعوى الفسخ في الصورتين، حتى يكون مخالفًا للرجعة من كل وجه أو في إحداهما، كما أشرت لذلك فيما تقدم، فالرافعي في ترجيحه هنا لقبول دعوى اللزوم مطلقًا موافق لظاهر ما قيل في الرجعة في الصورتين، وصاحب «التقريب» يحتمل أن يكون كذلك، ويحتمل أن يكون مخالفًا فيهما معًا.

فأما المخالفة في الصورة الأولى فلا وجه لها، وإن كان يقول بذلك، فيلزمه الإيراد الذي ورد عليه.

وأما المخالفة في الصورة الثانية، فلا بد من الفرق بينه وبين الرجعة على رأيه، والذي يتجه فيه أن سبق الرجعة معارض بسبق العدة، وعدم كل منهما

معتضد بأصل، فالرجعة غير محققة والتحريم وتشعث النكاح محقق، والحكم بالبينونة من مقتضيات الطلاق الذي لم يثبت ارتفاع أثره، فلا جرم قوي قول المرأة، وتأكد بأن الأصل في الأبضاع الحرمة، ولم يلتفت إلى ما يحققانه من العصمة قبل الطلاق؛ لتحقق ورود الطلاق عليه المفضي إلى البينونة ما لم يثبت الرجعة.

وأما هنا فلما تعارض التفرق والفسخ ولم يثبت سبق واحد منهما بعينه، ومعنا جواز العقد، وتمكن كل منهما من الفسخ مستصحب هذا غاية ما يظهر له في الفرق وهو بعيد، فإن الأصل دوام، والعقد سبب ظاهر في اقتضاء اللزوم، ولم يتحقق ما يرفعه، فالأصول [٥١/أ] متعارضة ليس فيه ما يتخيل إلا حرمة الأبضاع، فلعلة الفرق عنده، هذا كله إذا اتفقا على التفرق.

أما إذا اختلفا في التفرق وهي صورة ثالثة لم يشملها كلام المصنف، كما إذا جاءا جميعًا إلى الحاكم، فادعى أحدهما التفرق وأنكره الآخر ليفسخ، أو كان قد فسخ، فالقول قوله في إنكار التفرق مع يمينه؛ لأن الأصل عدمه، ولا خلاف نعلمه في ذلك.

قال الرافعي: «ولك أن تقول: هذا بين إن قصرت المدة، ولكنها إن طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر، وإن كان على وفاق الأصل فلا يبعد تخريجه على الخلاف المشهور في تعارض الأصل والظاهر، والأصحاب لم يفرقوا بين الحالتين»[1].

قلت: وفي هذا نظر؛ لأنه إذا تعارض الأصل والظاهر، فكيف يقطع حق العاقد من الفسخ، وقد تحققنا من تمكنه منه، والظاهر المقتضي لرفعه معارض بالأصل، ويستصحب ما كان قبل ذلك، ولا يرفعه بالشك، وزاد ابن الرفعة على الرافعي، فقال: «إنَّ هنا ترجح قول من يدعي اللزوم؛ لأنه

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٣٠٩).

الأصل، فينبغي القطع بقبول قوله على خلاف ما قطع به الأصحاب»[١].

قلت: وقوله: إن الأصل اللزوم ممنوع، بل الأصل الجواز، والغزالي[٢] حيث أطلق هذه العبارة مراده بها ما وضع العقد له، فليس ذلك مما نحن فيه.



لو اتفقا على عدم التفرق وتنازعا في الفسخ، ففي «التهذيب»: «أن دعوى مدعي الفسخ فسخ»[٣].

قلت: وقد قال الأصحاب فيما إذا ادعى الزوج الرجعة، والعدة باقية أنه يقبل قوله، وقيل: لا، وإذا قبلنا قوله فعن صاحب «التهذيب»[٤] وغيره أن إقراره يجعل إنشاء، واستبعده الإمام، ولعل ما ذكروه في الرجعة يأتي ها هنا، إلا أن يقال: إن إنشاء الفسخ يحصل بكل ما يدل عليه، وهذا منه وفيه نظر.



---

(١) كفاية النبيه (٩/ ١٣٤). بمعناه.
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٢٠٧).
(٣) التهذيب (٣/ ٢٩١).
(٤) التهذيب (٣/ ٢٩١).

قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

فأما إذا اختلفا في عيب في المبيع، ومثله يجوز أن يحدث، فقال البائع: عندك حدث العيب.

وقال المشتري: بل حدث عندك، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم العيب.



أكثر الأصحاب والمزني في «المختصر»(١) والمصنف في «التنبيه»(٢) ذكروا هذه المسألة في باب الرد بالعيب، وذكرهَا المصنف في هذا الكتاب هنا؛ لدخولها تحت اختلاف المتبايعين.

والعيب على ثلاثة أقسام:

أحدهَا: ما لا يحتمل حدوثه في يد المشتري كالأصبع الزائدة أو قطع أصبع أو [مسبحة](٣) اندمل موضعها، وقد اشتراه من يومه أو أمسه، ولا يحتمل أن تبرأ الجراحة في مثله، فالقول قول المشتري بغير يمين؛ لأنا نعلم أنه كان موجودًا عند البائع.

الثاني: ما لا يحتمل تقدمه في يد البائع كجراحة طريَّة، وقد جرى البيع والقبض منذ سنة، فالقول قول البائع من غير يمين. [٥١/ب]

الثالث: مَا يحتمل حدوثه وتقدمه، وهو المراد من مسألة الكتاب، وإليه أشار المصنف بقوله: «يجوز أن يحدث»؛ أي: في يد المشتري، ويجوز ألّا يحدث في يده، مثل: تخريق الثوب، وكسر الإناء، والمرض، ومَا أشبه ذلك مما يحتمل الأمرين.

---

(١) (٨/ ١٨١). (٢) (ص: ٩٥).

(٣) في المخطوطة: «سبحة»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وقوله: فقال البائع: عندك حدث العيب، أي: في يدك بعد القبض.

وقوله: وقال المشتري: بل حدث عندك، أي: في يدك؛ إما قبل البيع، وإما بعد البيع وقبل القبض، فإن مدار الرد على وجود العيب عند القبض، فلو لم يكن معيبًا عند البيع وتعيب قبل القبض، ثبت الرد، ولو كان معيبًا عند البيع وقبضه وقد زال العيب، فلا رد له بما كان، بل مهمَا زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حق الرد.

وقوله: «فالقول قول البائع»، أي: مع يمينه، وقد اتفق الأصحاب على ذلك.

وقوله: «لأن الأصل عدم العيب»؛ أي: فيستصحب ذلك الأصل إلى وقت خروجه عن يد البائع، وذلك مطرد في كل ما يشك في حدوثه، وفي كل أصل كان في الماضي أنه يستصحب عدميًّا كان أو وجوديًّا يستصحب الماضي إلى الحال.

وقد استعمل بعض المتأخرين من الأصوليين والجدليين: الاستصحاب من الحال إلى الماضي في كل ما تحقق وجوده الآن، واحتمل وجوده في زمان ماض، فيستدل بوجوده الآن على وجوده في ذلك الزمان، وإذا استعملت هذه الطريقة هنا حصل منها معارضة الأصل الذي ذكره المصنف؛ لدلالتها على وجوده في يد البائع، لكنا نقول: ولو سلمنا ذلك فيتعارض هذان الأصلان، ويبقى معنا أصل آخر، وهو لزوم العقد واستمراره، وعلى هذا الأصل اقتصر الرافعي[1] في الاستدلال فخلص من الإيراد المذكور، لكنه لم يخلص من المعارضة في الجملة، فإنه قد يجعل الأصل الدال على وجوده في يد البائع معارضًا للأصل الدال على لزوم العقد حتى يذكر الترجيح بعد ذلك.

---

(١) فتح العزيز. ط العلمية (٤/ ٢٧٤).

والقاضي أبو الطيب جمع بينهما، فعلل بأن الأصل السلامة من العيب، والأصل لزوم العقد، وكذلك الشيخ أبو حامد، وهو أحسن لسلامته عن الإيراد مطلقًا، وذلك إذا جعلنا العلة مركبة من الأصلين، أو إحداهما علة والأخرى منبهة على دفع المعارضة[١].

ويحتمل أن يجعل قول المصنف يجوز أن يحدث مطلقًا ولا يقدر فيه، ويجوز ألا يحدث فيشمل القسمين الثاني والثالث، والقول فيها قول البائع، لكن في أحدهما بغير يمين، وفي الآخر بيمين.

والمصنف لم يتعرض لليمين في كلامه؛ فلذلك احتمل، لكن الأول أولى وهو مراده إن شاء الله، وإنما لم يذكر اليمين إحالة على ظهور ذلك، والعلم به من مكان آخر، هذا ما يتعلق بشرح كلام المصنف.

ثم إن الشافعي والمزني والأصحاب تكلموا هنا في كيفية اليمين [١/٥٢] فقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ: «القول قول البائع مع يمينه على البت لقد باعه بريئًا من هذا العيب»[٢].

قال المزني: «ينبغي في أصله أن يُحَلِّفه، لقد أقبضه إياه ومَا به هذا العيب من قِبَلِ أَنَّهُ يضمن ما حدث عنده قبل دفعه إلى المشتري، ويجعل للمشتري ردَّه لما حدث عند البائع، ولو لم يحلفه إلا على أنه باعه بريئًا من هذا العيب أمكن أن يكون صادقًا، وقد حدث العيب عنده قبل الدفع، فنكون قد ظلمنا المشتري؛ لأن له الرد بما حدث بعد البيع في يد البائع، فهذا يبين لك مَا وصفت أنه لازم في أصله على مَا وصفنا من مذهبه»[٣]. هذا كلام المزني رَحِمَهُ اللهُ.

---

(١) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٩٨).

(٢) الأم (٧/ ١٠٤).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٨١).

وأخذ الأصحاب في الجواب عنه بعد تمهيد أصل، وهو أن كل من ادعى عليه دعوى؛ كغصب، أو سرقة، أو بيع، أو غير ذلك، فإن اقتصر في الجواب على نفي الاستحقاق كفاه، وليس للحاكم أن يقول له: أجبه عما سأل؛ لأنه قد يغصب عينًا أو يسرقها، ثم يشتريها منه، فلو كلفناه الجواب لأدى إلى أن يكذب أو يقر، فلا يقبل قوله في الشراء، فكان نفي الاستحقاق أحوط له وللبائع أيضًا؛ لأنه لا يكون غاصبًا وهو لا يستحق عليه شيئًا، فيحلفه أنه مَا يستحق عليه شيئًا ويبرأ، وإن أجاب على وفق الدعوى مثل أن يقول: ما غصبت وما سرقت، فكيف يحلفه؟! **فيه وجهان؛ أصحهما**: أنه يلزمه التعرض في اليمين لما تعرض له في الجواب؛ ليكون اليمين مطابقة للجواب، ولو كان له غرض في الاقتصار لاقتصر عليه في الجواب، فلما أجاب مفصلًا دل على أنه علم أنه يمكنه الحلف عليه، وقال الشيخ أبو حامد: إن هذا الوجه هو ظاهر المذهب.

والثاني: أنه يكفيه الإطلاق في اليمين كما يكفيه الإطلاق في الجواب، وهذا أصل مطرد في جميع الدعاوى[١].

ففي مسألتنا هنا: إن قال البائع في الجواب: إن المشتري لا يستحق الرد بهذا العيب، كان جوابًا صحيحًا وحلف عليه خاصته؛ لأنه قد يبيعه وبه العيب، ثم يسقط رده بالرضا به، فلو أمره الحاكم بالحلف على أنه باعه وما به عيب.

فإما أن يحلف كاذبًا، وإما أن ينكل فيرد اليمين على المشتري، فيحلف ظالمًا، وإن قال: بعته بريئًا من هذا العيب، فهل يحلف عليه أو يقتصر في التحليف على نفي الاستحقاق؟! فيه وجهان؛ أصحهما الأول.

(١) انظر: الوسيط في المذهب (٧/ ٤٣٦).

إذا تقرر ذلك عدنا إلى جواب المزني[١]، فمن اعتبر كون اليمين على وفق الجواب، قال مراد الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: ما إذا ادعى المشتري عيبًا سابقًا على البيع، وأراد الرد به، وقال البائع في الجواب: بعته وما به هذا العيب، فيحلف كذلك، ولو قال المشتري: قبضته معيبًا ونفاه البائع في الجواب، حلفه كما ذكره المزني، ولو اقتصر في الجواب على أنه لا [٦٢/ب] يستحق الرد، لم يلزمه ذكر هذا ولا ذاك.

ومن قال: يكفي اليمين على نفي الاستحقاق بكل حال، قال: لم يقصد الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه الآن على ماذا يحلف ولأي شيء يتعرض، ولكن أراد أن يبين أنه يحلف على البتِّ، فلا يقول مثلًا: بعته وما أعلم به عيبًا، ولكن يقول: بعته وما به عيب، ويجوز اليمين على البت إذا اختبر حال العبد واطلع على خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشهادة على الإعسار وعدالة الشهود وغيرهما، وعند عدم الاختبار يجوز الاعتماد على ظاهر السلامة إذا لم يعرف، ولا أظن خلافه، فهذان جوابان جيدان، والأول أحسنهما.

وقال ابن داود في «شرح المختصر»: إذا ادعى المشتري أنه قبضه معيبًا حلفنا البائع، كما قال المزني[٢]، ثم لا يرضى أن يكتفي بقوله: لقد أقبضته بريئًا من هذا العيب؛ إذ قد يقبضه وديعة أو عارية، ثم يحدث العيب، ثم يبيعه منه، فيكون العيب من ضمان البائع، لكن يقول: لقد أقبضته بعد البيع بريئًا إن ذكر أن الإقباض كان بعد البيع، أو يقول: لقد حصل مقبوضًا له بعد البيع وهو بريء من البيع، وهذا اعتراض حسن على المزني كاعتراضه على الشافعي، والمراد من الإطلاقين ما تقدم تحريره.

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٨١).
(٢) المصدر السابق.

فرع حلف البائع أنه لا يستحق عليه الرد، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا وفسخ العقد، فطلب البائع الأرش لا يجاب إليه؛ لأن يمينه سمعت للدفع عنه حين كان مُدَّعًى عليه، والآن هو مُدَّعٍ والمشتري مدعًى عليه، فيحلف ولا شيء عليه، ونظيره الوكيل إذا ادعى تسليم الثمن إلى الموكل تقبل يمينه؛ لأنه أمين، فلو حلف ثم خرج المبيع مستحقًّا، وغرم الوكيل لم يرجع بالغرم على الموكل.

فرع لو كان بالمبيع تغيُّر عما هو المعهود في جنسه واختلفا في أنه عُيِّب أو لا؟ فالقول قول البائع مع يمينه، إلا أن يقيم المشتري شاهدين من أهل الخبرة.

فرع في مطارحات ابن العطار:

ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع: الإباق والسرقة مثلًا، فاعترف البائع بالإباق وادعى حدوث السرقة في يد المشتري، فالقول قول المشتري؛ لأن الرد قد ثبت بإقرار البائع بكون الإباق عنده، ويدعي ما يبطل الرد من حدوث السرقة في يد المشتري، فلا يبطل بالشك.

قال: وهذه من غرائب المسائل التي يكون القول فيها قول المشتري فيمن يمكن حدوثه، وعبر عنه بأن العيب إن كان يثبت الرد، فالقول قول البائع وإن كان يبطله، فالقول قول المشتري.

قلت: وهذا حسن ينبغي أن يقيد به كلام الأصحاب، ولو أن البائع ادعى حدوث السرقة أولًا، وقبلنا قوله لم يمنعه ذلك من دعواه حدوث الآخر؟ [٧/٥٣] على مقتضى التعليل المذكور.

فرع اشترى شيئًا قد رآه وهو غائب عنه وإبراء البائع من عيب ثم أتاه، فقال: قد زاد العيب، فالقول قول المشتري مع يمينه، نَصَّ عليه في آخر باب بيع العروض، وهو الأصح.

والفرق بينه وبين ما تقدم أن هنا اتفقا على القدم والبائع يدعي على المشتري الإبراء من الزائد والأصل عدمه على أنه قد يقال: اتفقا على البراءة، والمشتري يدعي الزيادة والأصل عدمها، والتحقيق أن هذا الاختلاف في تقدم العيب على الرؤية وحدوثه عليها، فالبائع يدعي تقدمه والمشتري يدعي حدوثه بعد التفرقة، وقبل البيع أو القبض، فقبول قول المشتري هنا، كقبول قول البائع فيما تقدم؛ لأنهما اشتركا في دعوى الحدوث.

وحاصله: أن كل من ادعى الحدوث القول قوله، إلا في الفرع المتقدم عن المطارحات، وهذا الاختلاف الذي ذكرناه في هذا الفرع لا يختص بالعيب؛ ولهذا أطلق في «التنبيه»[(١)] وغيره[(٢)] أنهما لو اختلفا في النقصان، فالقول قول المشتري، فلو كان النقصان ليس عيبًا، ولكنه فوات فضيلة مما يثبت به خيار الحلف كان الحكم كذلك، لكن قبول قول المشتري فيما إذا ادعى المشتري أنه كان عند اللزوم على صفة كاملة لا يشهد لها أصل، ولا ظاهر لكونه كاتبًا، ثم نقص بعد ذلك فيه نظر؛ لأن قول البائع هنا معتضد بأصل لا معارض له.



---

(١) التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٨٩).

(٢) انظر: كفاية النبيه (٩/ ٦٠)، الهداية إلى أوهام الكفاية (٢٠/ ٣٥٠).

قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

وإن اختلفا في المردود بالعيب، فقال المشتري: هو المبيع، وقال البائع: الذي بعتك غير هذا، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل سلامة المبيع، وبقاء العقد، فكان القول قوله.



هذا الحكم جزم به المصنف، والرافعي(١)، ونقله الإمام عن الأصحاب(٢).

وفي نظيره في المسلم فيه خلاف؛ قيل: القول قول المسلم إليه، وهو البائع كما هنا، وهو الذي ذكره المصنف في «التنبيه»(٣) في باب السلم.

والثاني: وقال الرافعي: «إنه الأصح، أن القول قول المسلم»(٤)، فإنه لم يعترف بقبض صحيح، والأصل اشتغال ذمة المسلم إليه بخلاف المعين، فإنهما اتفقا على قبضه، ثم اختلفا في أن العقد ينفسخ بذلك أولًا، والأصل(٥) بقاء العقد.

والوجهان جاريان في الثمن في الذمة؛ أن القول قول الدافع أو القابض.

وعن ابن سريج وجه ثالث(٦): أنه إن كان بحيث لو رضي به لوقع عن

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٣٧٤).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٥٠٧).
(٣) التنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٩٩).
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٦٧). بمعناه.
(٥) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «والأصل»، وهي زيادة بدون فائدة.
(٦) وافقه النقل عنه الجويني في نهاية المطلب (٥/ ٥٠٨).

جهة الاستحقاق لرجع التفاوت إلى الصفة، كرداءة النوع أو الخشونة واضطراب السكة، فهو كالمبيع؛ لأن القبض صحيح لو رضي، وإن لم يكن كذلك، كما لو ادعى البائع أن الثمن الذي قبضه كان زيوفًا مثلًا، فالقول قوله؛ لأنه منكر أصل القبض، وتبعه الماوردي[١] ⇑[٥٣/ب].

وهذا التفصيل جارٍ بعيب في المسلم فيه، فحصل فيما في الذمة ثلاثة أوجه، أما المعين الذي مسألة الكتاب، فلا خلاف فيه.

قال الرافعي: «ولك أن تقول: المعنى في المسلم فيه ظاهر، فإن الاعتياض عنه غير جائز، لكن في الثمن لو رضي بالمقبوض لوقع عن الاستحقاق، وإن لم يكن ورِقًا متى كانت له قيمة؛ لأن الاستبدال عن الثمن جائز على الصحيح»[٢].

قلت: لكن الاستبدال ملك به ملك الاعتياض حتى يشترط ما يدل عليه من لفظ صريح أو كناية، كغيره من العقود، وإذا كان كذلك فلا يكفي رضا البائع بالمقبوض إذا لم يكن ورقًا حتى يصدر اعتياض صريح، فإن ادعى البائع ذلك لم يقبل قوله؛ [لأنه][٣] دعوى عقد بغير بينة، فاستقام المعين الفارق في السلم والثمن معًا.

ولا يجري التحالف هنا ولا حلف المشتري؛ لأن البائع لا يدعي شيئًا، فليس كالاختلاف في عين المبيع حيث يقول بالتحالف على وجه أو بالحلف من الجانبين على وجه على أنه تقدم لنا، فيما إذا رد المبيع بعيب ثم اختلفا في الثمن، وجه قائل بالتحالف، وأن المبيع يبقى في يد المشتري ويأخذ الأرش، ولعل ذلك الوجه يأتي ويمتنع الرد، لا سيما إذا كان الثمن، فليتأمل ذلك.

---

(١) الحاوي (١٧/ ٢٩٣).
(٢) فتح العزيز (٩/ ١٦٩).
(٣) في المخطوطة: «لأن»، ولعل الصواب ما ذكرناه.

وقد يقول القائل: إذا كان الثمن معينًا وتنازع البائع والمشتري في عين المبيع تحالفا قطعًا، فإذا فرض هنا الثمن معينًا، فينبغي أن يكون كذلك، وإلا يكون كذلك، وإلا فما الفرق فليتأمل ذلك[1].

❋ ❋ ❋

(١) في هامش المخطوط: «أول المسلم يحتاج إلى زيادة من الرافعي وغيره؛ فليحرر».

قال المصنف رحمه الله:

وإن اشترى عينين، فتلفت إحداهما ووجد بالأخرى عيبًا [فرده][(١)]، وقلنا: إنه يجوز أن يرد أحدهما، فاختلفا في قيمة التالف، ففيه قولان:
أحدهما: وهو الصحيح، أن القول قول البائع؛ لأنه ملك جميع الثمن، فلا يزال ملكه إلَّا عن القدر الذي يقر به، كالمشتري والشفيع إذا اختلفا في الثمن، فإن القول قول المشتري؛ لأنه ملك [الشقص][(٢)]، فلا يزال إلَّا بما يقر به.
والثاني: أن القول قول المشتري؛ لأنه كالغارم، فكان القول قوله.



الشرح

هذه المسألة قدمتها في باب بيع المصراة، والرد بالعيب، عند شرح قول المصنف: «وإن اشترى عينين فوجد بإحداهما عيبًا، فهل له أن يفردها بالرد؛ فيه قولان»، ويذكر هنا ما لا بد منه، وهو أن المصنف هناك لم ينص صريحًا على ما إذا كانت إحدى العينين تالفة، بل أطلق وذكرنا هناك أن أظهر القولين فيما إذا كانا باقيتين منع إفراد إحداهما بالرد، وفيما إذا كانت إحداهما تالفة أن الرافعي لم يصحح[(٣)].

ومقتضى تخريجه على تفريق الصفقة أن يكون الأصح الجواز، وعند الماوردي[(٤)] الأصح المنع، وهو مقتضى نصه في البويطي واختلاف العراقيين، وأن جماعة رتبوا حالة تلف أحدهما على حالة بقائهما، وأن كلام القاضي أبي الطيب يقتضي التسوية [٥٤/أ] ⇑ وإطلاق القولين في المسألتين.

---

(١) في المخطوطة: «فردها»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٢) في المخطوطة: «المشقص»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٣) فتح العزيز (٨/ ٢٣٨).
(٤) الحاوي (٥/ ٢٥٢).

ومقتضى ذلك أن يكون الأصح فيهما المنع، كما قاله الماوردي[١]؛ لأنه الأصح في حالة بقائهما عند الجمهور، وإطلاق المصنف في باب العيب موافق لإطلاق أبي الطيب، فعلى هذا يكون كلامه في هذه المسألة هنا تفريعًا على القول الضعيف.

وعلى مقتضى ترتيب الرافعي والتخريج على تفريق الصفقة القهري يكون تفريعًا على الأصح.

واعلم أنه تقدم لنا هناك وجه ثالث حكاه القاضي أبو الطيب عن بعض الخراسانيين، ورأيته منصوصًا في البويطي أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما جميعًا، وعلى هذا الوجه لا يأتي الكلام الذي ذكره المصنف هنا.

وإنما التفريع على أنه يجوز أن يرد أحدهما مفردًا من غير ضم شيء إليه وهو مراد المصنف، وإذا كان كذلك فيحتاج إلى معرفة قيمته وقيمة التالف حتى يقسط الثمن عليهما على قدر القيمتين، ثم يسترد من البائع حصة الباقي، فإذا اختلفا في قيمة التالف، فالأمر كما قال المصنف؛ نقلًا، وتصحيحًا، وتعليلًا.

وقوله في المشتري: كالغارم؛ لأنه ليس غارمًا حقيقة، وإنما يشبه الغارم؛ لأنه فات عليه بعض الثمن، وتقدم هناك أن القولين اللذين ذكرهما المصنف هنا منصوصان في اختلاف العراقيين على ما نقله القاضي أبو الطيب وغيره، ورأيتهما فيه إلا أنني أبديت هناك نظرًا في ذلك، وتقدم هناك أيضًا: أنا إذا منعنا إفراد أحدهما بالرد، كما هو المذهب، فله الأرش، فإن اختلفا في قيمة التالف عاد القولان، ومن أراد تمام الغرض، فليطالع ذلك المكان.

---

(١) الحاوي (٥/ ٢٥٢).

قال المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ:

وإن باعه عشرة أقفزة من صبرة، وسلمها بالكيل، فادعى المشتري [أنها][١] دون حقه، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول المشتري؛ لأن الأصل أنه لم يقبض جميعه.

والثاني: أن القول قول البائع؛ لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفي جميعه، فجعل القول قول البائع.

الشَّرح

القولان منقولان عن رواية الربيع[٢]، وبالأول قال أبو حنيفة[٣]، ورجحه صاحب «التهذيب»[٤].

وبالثاني قال مالك[٥] وهو الأصح عند الشيخ أبي[٦] حامد، والقاضي أبي الطيب[٧] وغيرهما[٨].

والقولان من تقابل الأصل والظاهر، وقد رجح الظاهر ها هنا وشبه القاضي أبو الطيب ذلك بمسألتين؛ إحداهما: إذا قسم القاسم الأرض بين

---

(١) في المخطوطة: «أبو»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) انظر: الحاوي (٥/ ٢٩٩)، البيان (٥/ ٣٥٩)، روضة الطالبين (٣/ ٥٧٥)، مغني المحتاج (٢/ ٩٥).

(٣) انظر: المبسوط (١٣/ ١٠٩)، البحر الرائق (٥/ ٣٠١)، مجمع الأنهر (٣/ ١٣)، حاشية ابن عابدين (٤/ ٥٥٨).

(٤) التهذيب (٣/ ٥٠٣).

(٥) انظر: التاج والإكليل (٤/ ٥١٠)، مواهب الجليل (٦/ ٤٦٨)، حاشية الخرشي (٥/ ١٩٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٩٤)، منح الجليل (٥/ ٣١٧).

(٦) في المخطوطة: «أبو»، والصواب ما أثبتناه.

(٧) نقله عنه العمراني في البيان (٥/ ٣٧٤).

(٨) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٣٤٧).

الشركاء، ثم ادعى بعضهم الخطأ في القسمة لم يقبل منه إلَّا ببينة.

والأخرى: إذا سلم من الصلاة، ثم طرأ عليه شك في بعض أركانها، لم يَلْزمه إعادتها؛ لأنها قد صحت في الظاهر، فلا تبطل بالشك، وكذلك هنا.

واعلم أن المشتري متى اعترف بقبض حقه، ثم ادعى نقصانًا، فينبغي أن لا يقبل قوله جزمًا، ومتى لم يعترف إلا بقبض بعضه قبل قوله جزمًا، فليجعل صورة الخلاف ⇑ [٥٤/ب] فيما إذا قال: قبضت ظانًّا أنه تمام حقي، فبان ناقصًا فها هنا يتقابل الأصل عدم القبض.

والظاهر: عدم الغلط فيمن اكتال، وأخذ بناء على أنه تمام حقه، واعلم أيضًا أن محل القولين على ما ذكره البغوي[١]، والرافعي[٢]، فيما إذا كان النقصان زائدًا على القدر الذي يقع مثله في الكيل والوزن، أما قدر ما بيع مثله في الكيل والوزن، فيقبل قول القابض فيه.

وقد ذكر المصنف المسألة في باب السلم في تسليم المسلم فيه ولم يحك القولين فيها، بل جزم بأن ما يدعيه المشتري إن كان قليلًا قُبِلَ منه، وإن كان كثيرًا لم يقبل منه؛ لأن القليل يبخس به، والكثير لا يبخس به، وكذلك الشيخ أبو حامد[٣] والقاضي أبو الطيب في باب بيع الطعام.

واعتمد الْفَارِقِيّ هذا التفصيل، وذكره على كلام المصنف في هذا المكان، لكن حيث ذكر ذلك في السلم جزم في كلٍّ من الطرفين، ولم يذكر مثالًا للقليل والكثير، والفارقي هنا حيث تكلم في ذلك مثل الكثير بخمسة من عشرة، وما أشبه ذلك، والقليل بواحد من عشرة، وجعله محل القولين.

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٣).

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٤٨).

(٣) نقله عنه: العمراني في البيان (٥/ ٣٧٤)، والرافعي في فتح العزيز (٨/ ٤٤٩).

ثم قال: وقد ذكر الشيخ هذا التفصيل في تسليم المسلم فيه، ومراده بذلك أصل التفصيل دون التمثيل وحكاية الخلاف.

فأما ما ذكره الفارقي من أن الواحد من العشرة هو محل القولين فصحيح؛ لأن الشيخ أبا حامد[١]، والقاضي أبا الطيب في باب الشرط الذي يفسد البيع فرضا المسألة فيمن اشترى عشرة أقفزة فكالها وقبضها، ثم ادعى أنها تسعة، وحكيا فيها القولين، وهي المسألة التي تكلما فيها، ولم يذكرا غير ذلك، وصححا أن القول قول الدافع.

وأما تفسيره القليل بذلك فليس بجيد؛ لأنهم جزموا في القليل بقبول قول القابض، فلو حملنا القليل على ذلك لزم التناقض في كلامهم، لكن يجعل ذلك من الكثير، ويكون جزم المصنف في السلم، والشيخ أبي حامد[٢]، والقاضي أبي الطيب فيه بقبول قول الدافع على ما هو الأصح عندهم خلافًا لصاحب «التهذيب»[٣]، وأرادوا بذلك الفرق بينه وبين المقبوض حرامًا حيث يقبل قول القابض في القليل والكثير، ثم أيجب بعد ذلك عن القليل الذي جزموا به فيه بقبول قول القابض ما ضابطه.

ففي كلام القاضي أبي الطيب[٤] أنه الذي يتحقق به في الكيل، فإن كان ذلك [زائدًا][٥] على ما يقع بين الكيلين في التفاوت، فيحتاج إلى بيان، ثم إقامة الدليل على قبول قول القابض فيه، فإن دعواه مخالفة للظاهر أيضًا، وإن كان ما يقع بين المكاييل والموازين وهو الشيء اليسير عند اختلافها، فيجيء صاعًا لمكيال ولا يجيء بآخر.

---

(١) نقله عنه: الرافعي في فتح العزيز (٨/ ٤٤٩).
(٢) انظر مرجعه السابق.
(٣) التهذيب (٣/ ٥٠٣).
(٤) نقله عنه: العمراني في البيان (٥/ ٤٣٩).
(٥) في المخطوطة: «زائد»، والصواب ما أثبتناه.

وقد يقال: أن ذلك لا يستحق الرجوع به على ما صرح به الماوردي في باب بيع الطعام، فيما إذا قبض ثم ظهر زائدًا، كذلك أنه لا يرد تلك الزائدة، فكما أنه لا يردها، فليس له المطالبة بها، وإذا لم يكن له [٥٥/أ] المطالبة بها، فلا فائدة في قبول قوله.

وأما قول الفارقي: إن الكثير كخمسة من عشرة، فهو من الكثير، ولا ينحصر الكثير فيه، بل القفيز من العشرة كثير على ما قررناه؛ توفيقًا بين الكلام.

ونقل ابن الرفعة في «شرح الوسيط» كلام الشيخ في السلم، ثم قال بعد ذلك قال: «والقليل الواحد من العشرة، والكثير كالثلث والربع»(١)؛ هكذا ذكر في «شرح الوسيط»، ولم أر تفسير القليل والكثير في ذلك في كلام الشيخ.

والظاهر أن الذي أوقع ابن الرفعة في ذلك أنه في «شرح التنبيه»(٢) نقل كلام الشيخ في «المهذب»، ثم قال: والقليل الواحد من العشرة، فلما جاء في «شرح الوسيط» لم يراجع «المهذب»، وظن أن ذلك من بقية كلام الشيخ فنسبه إليه، وليس من كلامه.

فرع نختم به الكلام في التحالف: اختلفا، فحلف كل منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد المبيع، إن لم يكن الأمر كما قال، فلا يعتق العبد في الحال، ثم إن فسخ العقد أو عاد العبد إلى البائع بسبب آخر عتق عليه، كمن أقر بحرية عبد ثم اشتراه، ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذبًا، ويعتق على المشتري إن كان صادقًا، وولاء هذا العبد موقوف، ولو

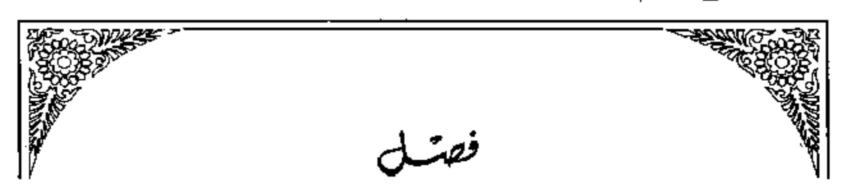
(١) وكلامه هذا بنصه له أيضًا في كفاية النبيه (٩/ ٣٦٩)
(٢) كفاية النبيه (٩/ ٣٦٩)

صدق المشتري البائع حكم بعتقه عليه، ويرد الفسخ إن تفاسخا، كما لو رد العبد بعيب، ثم قال: كنت أعتقته؛ يرد الفسخ ويحكم بعتقه.

قلت: يحمل على ما إذا صدقه البائع وإلا فلا؛ لتعلق حق البائع به، فصار كما لو باعه، ثم قال: كنت أعتقته لا يرد البيع. ولو صدق البائع المشتري؛ نظر إن حلف البائع أو لا ثم المشتري، فإذا صدقه عقب يمينه، ثم عاد العبد إليه لم يعتق، كأنه لم يكذبه بعد ما حلف يعتقه حتى يجعل مقرًّا وإن حلف المشتري أولًا، ثم البائع عتق إذا عاد إليه؛ لأن حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له، ولو كانت المسألة بحالها، لكن المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلى البائع عتق ذلك القدر عليه، ولم يقوَّم عليه الباقي، كما إذا حَلَّف اثنين وعبدًا، فقال أحدهما: أعتق أبي هذا العبد، وأنكره الآخر يعتق نصيب المقر، ولا يقوم عليه الباقي، وهذا الفرع من مولدات ابن الحداد.



قال المصنف رحمه الله:



فصل

[البدء بتسليم المبيع أو الثمن]

إذا باعه سلعة[١] بثمن في الذمة، ثم اختلفا، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أسلم المبيع حتى أقبض المبيع، فقد اختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يجبر البائع على إحضار المبيع، والمشتري على إحضار الثمن، ثم يسلم كل واحد ماله دفعة واحدة؛ لأن التسليم واجب على كل واحد منهما، فإذا امتنعا أجبرا، كما لو كان لأحدهما على الآخر دراهم وللآخر [عليه][٢] دنانير.

والثاني: لا يجبر واحد منهما، بل من سلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه؛ لأن على كل واحد ⇑ [٥٥/ب] منهما حقًّا في مقابلة حق له، فإذا تمانعا لم يجبر واحد منهما، كما لو نكل المدعى عليه، فردت اليمين على المدعي فنكل.

والثالث: أنه يجبر البائع على تسليم المبيع، ثم يجبر المشتري وهو الصحيح؛ لأن حق المشتري يتعلق بعين، وحق البائع في الذمة، فقدم ما تعلق بالعين، كأرش الجناية مع غيره من الديون؛ ولأن البائع يتصرف في الثمن في الذمة، فوجب أن يجبر البائع على التسليم؛ ليتصرف المشتري في المبيع.

(١) في المخطوطة: «سعلة».

(٢) من المطبوع من المهذب.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه، وما سواه من الأقوال ذكره الشافعي - رحمة الله عليه - عن غيره، ولم يختره.



قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في باب الاستبراء، وهو في آخر الجزء السادس من «الأم» بعد أن تكلم في أنه ليس للبائع حبس الجارية المبيعة؛ لأجل الاستبراء، «وإذا اشترى الرجل من [الرجل][1] الجارية، أو ما اشترى من السلع، فلم يشترط المشتري الثمن إلى الأجل، وقال البائع: لا أسلم إليك السلعة حتى تدفع إليَّ الثمن، وقال المشتري: لا أدفع إليك الثمن حتى تسلم إليَّ السلعة، فإن بعض المشرقيين قال: يُجْبِرُ القاضي كل واحد منهما؛ البائع على أن يُحضر السلعة، والمشتري على أن يحضر الثمن، ثم يسلم السلعة إلى المشتري، والثمن إلى البائع، لا يبالي بأيهما بدأ إذا كان ذلك حاضرًا، وقال غيره منهم: لا أجبر كل واحد منهما على إحضار شيء، ولكن أقول: أيكما شاء أن نقضي له بحقه على صاحبه، فليدفع إليه ما عليه من قِبَلِ أنه لا يجب على واحد مِنكما دفع ما عليه إلا بقبض ماله.

وقال آخرون: أَنْصِبُ لهما عدلًا، فأجبر كل واحد منهما على الدفع إلى العدل، فإذا صار الثمن والسلعة في يديه، أمرناه أن يدفع الثمن إلى البائع، والسلعة إلى المشتري.

قال الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لا يجوز فيها إلَّا القول الثاني من ألَّا يجبر واحد منهما، أو قول آخر؛ وهو أن يجبر البائع على دفع السلعة إلى المشتري بحضرته ثم ينظر، فإن كان له مال أجبر على دفعه من ساعته، فإن غاب ماله

(١) في المخطوطة: «الرجل من الجارية»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وقفت السلعة، وأشهد على أنه وقفها للمشتري، فإن وجد له مالًا دفعه إلى البائع، وأشهد عليه إطلاق الوقف عن الجارية، ودفع المال إلى البائع، وإن لم يكن له مال، فالسلعة عَيْنُ مال البائع وجده عند مفلس، فهو أحق به إن شاء أخذه، وإنما أشهدنا على الوقف؛ لأنه إن أحدث بعد إشهادنا على وقف ماله في ماله شيئًا لم يجز.

وإنما منعنا من القول الذي [حكينا][1] أنه لا يجوز عندنا غيره، أو هذا القول، وأخذنا بهذا القول دونه؛ لأنه لا يجوز للحاكم عندنا أن يكون رجل يقر بأن هذه الجارية قد خرجت من ملكه ببيع إلى مالك، [٥٦/أ] ⇑ ثم يكون له حبسها، وكيف يجوز أن يكون له حبسها، وقد أعلمنا أن ملكها لغيره، ولا يجوز أن يكون رجل قد أوجب على نفسه ثمنًا، وماله حاضر ولا نأخذه منه، ولا يجوز لرب الجارية أن يطأها، ولا يبيعها، ولا يعتقها، وقد باعها من غيره، ولا يجوز للسلطان أن يدع الناس يدافعون الحقوق، وهو يقدر على أخذها منهم»[2].

هذا آخر كلام الشافعي في ذلك.

وذكر المزني هذه المسألة في باب اختلاف المتبايعين، هذا واختصر، فقال: «ولو لم يختلفا، وقال كل واحد منهما: لا أدفع حتى أقبض، فالذي أحب الشافعي من أقاويل وصفها أن يأمر البائع بدفع السلعة، ويجبر المشتري على دفع الثمن من ساعته، فإن غاب ماله أشهد على وقف ماله، وأشهد على وقف السلعة، فإذا دفع أطلق عنه الوقف، وإن لم يكن له مال، فهذا مفلس، والبائع أحق بسلعته، ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق، وهو يقدر على أخذها منهم»[3].

---

(١) في المخطوطة: «حكمنا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) الأم (٥/ ١٠٦).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٨٥).

ونقل الشيخ أبو حامد في حكايتهم لكلام الشافعي المذكور في باب الاستبراء القول الثالث، وهو اختيارهما على التسليم من عدل، عن سعيد بن سالم القداح، وكذلك الماوردي(١) والمحاملي، ولم أر أنا ذلك في كلام الشافعي، ولعله في نسخة أخرى من «الأم» أو في موضع آخر.

ثم ادعى أبو حامد والمحاملي أن القول المذكور هو الأول بعينه؛ لأن الحاكم كالعدل، فهي في الصورة ثلاثة أقوال، وفي الحقيقة قولان، وسبقهما إلى ذلك أبو إسحاق المروزي، وسيأتي الكلام في ذلك، وأما هنا فلا حاجة بنا إليه؛ لأن كلًّا منهما لم يجزه، ونحن لا نثبت إلَّا ما اختاره لنفسه.

قال الماوردي: «وامتنع سائر أصحابنا من جعلها واحدًا، وجعلوا كل واحد منهما مخالفًا لصاحبه؛ لأن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم، فكان بحكمه، وها هنا الحكم منه في نصب الأمين والأمر بالتسليم فاختلفا»(٢).

قلت: وهذا فيه نظر، فإن مقتضاه أن القولين مُشتركان في الإجبار، لكن على الأول يُجبرهما على الدفع إلى الحاكم، وعلى الثاني يجبرهما على الدفع إلى العدل، فيقول: إن كان العدل نائبًا عن الحاكم فَيَدُهُ كَيَدِهِ، فلا يكون بينه وبين الأول مغايرة في المعنى، كما قال الشيخ أبو حامد.

وإن كان العدل يقيمة الحاكم نائبًا عنهما، **فيبعده أمران:**

أحدهما: أنه يصير التسليم إليه كتسليم كل منهما لصاحبه، وتعود المشاحجة فيه، فلا فرق في إجبار واحد منهما بين تسليمه إلى صاحبه وتسليمه إلى العدل.

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٨).

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠٨) بتصرف يسير.

الثاني: أن كلام الشافعي يتضمن أن العدل يؤمر بعد ذلك بالدفع إليهما، ولو كان نائبًا عنهما لكان القبض قد يحمل بيده، ويبقى؛ المالان لهما في يد نائبهما يأخذانه متى شاءا لكنَّا مع هذا نستبعد أن يكون القولان قولًا واحدًا؛ لقول الشافعي، وقال آخرون: فإن ظاهره ⇑ [٥٦/ب] يقتضي المغايرة، فالوجه أن يقول: أن القول الأول ليس فيه أن الحاكم يقبض، بل يأمرهما بالإحضار ويبدأ بأيهما شاء، وهذا تخيير الحاكم في البداءة بعد إحضار العوضين.

والقول الثالث: لا يجوز ذلك بل يقيم العدل تسوية لهما من كل وجه، ويجبرهما معًا على الدفع إليه، ومما يدلُّك على أن الحاكم ليس بقابض تأمل كلام الشافعي.

وقد صرح الماوردي على القول الأول بأنهما «لو أحضرا ذلك إلى الحاكم فتلف في مجلسه كان من ضمان صاحبه، فإن كان التالف هو المبيع أو الثمن المعين في العقد انفسخ البيع»[١]، وإن كان الثمن الذي أحضره عما في الذمة لم ينفسخ، وعلى المشتري أن يأتي ببدله، فهذا صريح في أن الحاكم ليس بقابض.

وأما من يقول بالتسليم إلى العدل، فهل [...][٢] أن يقبض العدل يستقر العدل حتى لو تلف بعد ذلك لا ينفسخ العقد أولًا، ويكون كما لو تلف بعد الإحضار إلى مجلس القاضي فيه نظر [...][٣]. الثاني: فسواء أجعلناهما قولين أم قولًا واحدًا، فالشافعي غير قائل به، وقال: إنه إنما يقول بأحد

---

(١) قوله: «أو الثمن المعين في العقد انفسخ البيع» مكانه في «الحاوي» (٥/٣٠٨): فيبطل البيع لتلفه قبل القبض، وإن كان الثمن هو التالف، لم يبطل البيع، وعلى المشتري أن يأتي ببدله إلا أن يكون الثمن معينًا فيبطل البيع أيضًا بتلفه. اهـ.

(٢) هنا بياض قدر كلمة في المخطوطة.

(٣) هنا بياض قدر كلمة في المخطوطة.

قولين، الثاني، وهو عدم الإجبار أو قول آخر لم يحكه عمَّن تقدم، وهو إجبار البائع، وجعل الماوردي القول بإجبار البائع من جملة ما حكاه الشافعي، وقال: «إن الشافعي حكى للناس في ذلك أربعة مذاهب»[١].

قلت: ولفظ الشافعي في «الأم» قد حكيت بعضه، ولم أفهم منه غير ما تقدم، وهو أن الثلاثة محكية عن غيره، والرابع ذكره غير منسوب إلى قائل، وصرح بأنه لا يقول إلَّا بأحد قولين؛ إما بالثاني، وإما بالرابع الذي قلنا: إنه لم يحكه، ثم اختار من هذين القولين إجبار البائع الذي قلنا: إنه لم يحكه، وصرح بأنه لا يقول بالثاني، وهو عدم إجبارهما معًا، وبين المانع له من القول به، وهو ترك الناس يتمانعون الحقوق، هذا مقتضى كلام الشافعي رضي الله عنه.

وقد تعرض أيضًا للمسألة في الجزء التاسع قبل باب بيع الغائب قال: «وإذا اشترى الرجل الشيء ولم يسم أجلًا، فهو بنقد ولا ألزمه أن يدفع الثمن حتى يدفع إليه ما اشترى»[٢]. انتهى.

وهذا اللفظ يحتمل أن يكون مراده أنهما لا يجبران، بل من بدا منهما أجبر الآخر، ويحتمل أن يكون المراد أنه يجبر البائع، فلا يجبر المشتري على البدأة حتى يبدأ البائع بما واجب[٣] عليه، ولما كان كلامه في باب الاستبراء دليلًا على إجبار البائع، تعين حمل هذا اللفظ عليه جمعًا بين الكلامين، فقد تلخص أن مضمون كلام الشافعيين كله البدأة بإجبار البائع فقط، ولا جرم كان ذلك ظاهر المذهب.

وأما كلام المزني في «المختصر»، فاختلف الأصحاب فيه فمنهم من حمله على ذلك، وأن المراد إجبار البائع.

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٧).

(٢) الأم (٣/ ٤٠).

(٣) كذا في المخطوطة.

ومنهم من حمله على أن المراد إجبارهما، ولا شك أنه [٥٧/أ] محتمل لذلك، إلا أنه ظاهر في الأول، وحيث اقترن به ما قدمناه من مدلول كلام الشافعي في «الأم» تعين حمل المزني عليه، وأن المراد إجبار البائع ليس إلَّا، وهذه طريقة من يقول بإجبار البائع، وهي الطريقة الثانية في كلام المصنف، وهي الصحيحة مذهبًا وحجاجًا، أما مذهبًا فلما تقدم من كلام الشافعي، وأما حجاجًا؛ **فلما ذكره المصنف في توجيه القول الثالث من العلتين:**

الأولى: أن حق المشتري يتعلق بالعين، والمتعلق بالعين متعلق مقدم على المتعلق بالذمة، وهذا يشير إلى أن جانب المشتري أقوى.

والثانية: لا تحتاج إلى بيان القوة، ولكن نقول: إنهما وإن تساويا في الاستحقاق، فالبائع قد استأثر بالتصرف في الثمن بالاعتياض عنه والحوالة به، فينبغي إجباره على تسليم المبيع؛ ليتصرف فيه المشتري، ويحصل بذلك العدل بين الجانبين.

وأيضًا؛ فإنه يترتب على تسليم المبيع استقرار العقد بخلاف الثمن؛ لاحتمال تلف المبيع بعد قبض الثمن، فكان في البدأة بتسليم المبيع فائدة ليست في البدأة بالثمن.

والتعليلان الآخران مستقيمان مطلقًا، وممن قال بهذه الطريقة الشيخ أبو حامد، وجماعة على ما نقله الروياني[١] على أنني لم أر في «تعليقة أبي حامد» إلَّا ترديد القول بين ألَّا يكون للشافعي إلا قول واحد كهذه الطريقة، أو قولان كالطريقة التي سنحكيها إن شاء الله تعالى.

الطريقة الثانية: التي أوردها المصنف أولًا: إثبات ثلاثة أقوال كما ذكرها المصنف، وهي التي أوردها أكثر العراقيين أن في المسألة ثلاثة أقوال، وقد

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٩).

تجد بالحاوي[(١)(٢)] وغيره ما يقتضي نسبة هذه الطريقة إلى أبي إسحاق، وفيه توقف سأنبه عليه إن شاء الله.

وهاتان الطريقتان أوردهما القاضي أبو الطيب هكذا والعبدري، والقول بأنه يسلم دفعة واحدة على قول الإجبار، كذلك صرح به القاضي أبو الطيب والعبدري، كما ذكره المصنف، ويقرب منه قول الروياني في «الحلية»، ثم يسلم إليهما على سواء، ويقرب منه كلام صاحب «التتمة»، كما سنذكره.

والطريقة الرابعة: وهي مقتضى إيراد الماوردي[(٣)] أن في المسألة أربعة أقوال: اثنان منها هما الثاني والثالث في كلام المصنف، وبهما عدم الإجبار، أو إجبار البائع.

والثالث: إجبارهما على الإحضار، فإذا حضر المبيع والثمن إلى الحاكم لم يبال بأيهما بدأ.

والرابع: أن الحاكم ينصب لهما عدلًا ويأمر كلًّا منهما بتسليم ما في يده إليه، فإذا صار الجميع عنده سلم المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع.

وزعم الماوردي[(٤)] أن الشافعي حكى هذه الأربعة للناس، وأن أصحابنا خرجوها أربعة أقوال، وهي كما قال في كلام الشافعي غير أن إجبار [٥٧/ب] البائع قاله غير منسوب لغيره، فيما وقفت عليه، وقد تقدم التنبيه على ذلك، والثلاثة حكاها عن غيره.

وقد تقدم عن أبي إسحاق أنه جعل القول الأول والثالث في كلام الشافعي قولًا واحدًا، وجعل في المسألة ثلاثة أقوال، والماوردي ذكر عن أكثر الأصحاب أنهم خالفوه وجعلوهما قولين، فلذلك أثبتها أربعة.

---

(١) في المخطوط: نجد بالحاوي.

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠٨).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المصدر السابق (٥/ ٣٠٧).

وقد تضمن كلام الماوردي[(١)] أن الأصحاب خرجوها أقوالًا، ومقتضى ذلك إثبات قولين زائدين ما حكاه المصنف أحدهما تخيير الحاكم بعد الإحضار إليه، وهو القول الأول في كلام الشافعي، وإثبات التخيير فيه ظاهر من كلام الشافعي ظهورًا قويًّا كما تقدم، والثاني إلى عدل وهو الثالث في كلام الشافعي، والقول الذي حكاه المصنف من أنه يجبرهما على الإحضار ويسلم دفعة واحدة، لم يتضمنه كلام الشافعي صريحًا، ولا كلام الماوردي وأبي إسحاق، فيحصل من اجتماع الطرق الثلاث خمسة أقوال؛ نعم الأصحاب اختلفوا في معنى قول الشافعي: إنه يلزمهما بالتسليم إلى عدل ما معناه، وسأتكلم على ذلك إن شاء الله.

الطريقة الثالثة: وهي مقتضى ما نقل عن أبي إسحاق المروزي، ونسبها الشيخ أبو حامد إلى الأصحاب أن في المسألة ثلاثة أقوال؛ اثنان منها هما الثاني والثالث في كلام المصنف، والآخر إجبارهما على تسليم المبيع والثمن إلى عدل، ثم [يُسلم][(٢)] إلى كل واحد منهما حقه لا يبالي بأيهما بدأ، وهذا هو القول الثالث مما حكاه الشافعي.

وعند أبي إسحاق أنه مع الأول قول واحد، وإن تغايرا في الصورة؛ لأنه لا فرق بين الحاكم وبين العدل المنصوب من جهته كما تقدم ذلك عن الشيخ أبي حامد، لكن الشيخ أبو حامد لا يوافقه في كونها ثلاثة أقوال كما سأبين.

وهذه الطريقة التي ذكرت عن أبي إسحاق تقتضي إثبات قول بأن الحاكم يتخير بعد إحضار المبيع، والتخيير في كلام الشافعي ظاهر ظهورًا قويًّا، وإن كان الرافعي وأكثر الأصحاب المتأخرين لم يحكوه، **فإذا ضم إلى ما حكاه المصنف صارت أربعة أقوال**، ثم إن أبا إسحاق اختار من الأقوال الثلاثة

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٧). (٢) في المخطوطه: سلم، ولعل الصواب ما أثبتناه.

القول بإجبارهما.

وكذلك اختاره القاضي الروياني، قال في «الحلية»: وهذا هو الاختيار خاصة في هذا الزمان.

الطريقة الخامسة: أوردها ابن داود في «شرح المختصر» والقاضي حسين في «تعليقه»[(١)]، وهي حكاية الأقوال الثلاثة كما قال أبو إسحاق المروزي وزيادة رابع، قالا: إنه مخرج، وهو أنه يجبر المشتري تخريجًا من الصداق، فإنه أجبر الزوج على البدأة بتسليم الصداق، وادعى هذا القائل أن الزوج في مقام المشتري، وجرى على ذلك صاحب «التهذيب»[(٢)]، كما يدل عليه لفظ الشافعي من أنه لا يبالي بأيهما بدأ، وإمام الحرمين[(٣)]، لكن لم يبين على القول بإجبارهما كيفية ذلك، هل هو أن يسلما معًا كما قال المصنف والقاضي أبو الطيب، أو يتخير [٥٨/أ] الحاكم بعد الإحضار، كما هو في كلام الشافعي، وأبي إسحاق، والقاضي حسين، والبغوي[(٤)]، وكذلك صاحب «التتمة» جرى على ما قاله القاضي حسين من غير بيان، لكن في لفظه ما يقتضي التسوية، وهي إلى كلام المصنف أقرب، وممن حكى هذه الطريقة قبل القاضي حسين أبو الحسن الجوري، ولم يذكر أن إجبار المشتري مخرج، بل أطلق أن في المسألة أربعة أقوال.

وادعى إمام الحرمين[(٥)] أن هذه الطريقة المشهورة في المذهب، ومراده طريقة إجراء الخلاف المقابلة للطريقة الجارية بإجبار البائع، وإذا ضممت هذا القول المخرج إلى ما تقدم اجتمع ستة أقوال، إن كان التسليم إلى

---

(١) البيان (٩/ ٣٩٣).
(٢) التهذيب (٥/ ٥٢١).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٦).
(٤) انظر المراجع السابقة.
(٥) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٦).

الحاكم والتسليم إلى العدل متغايرين، وسأتكلم على ذلك إن شاء الله.

الطريقة السادسة: أن في المسألة قولين وهما: عدم الإجبار أو إجبار البائع؛ لأن الشافعي قال: ولا يجوز إلا الثاني، أو يجبر البائع، حكاها المَحَاملي، والروياني[١] وضعفاها.

وقد تقدم أن الشيخ أبا حامد ردد القول بينها وبين الطريقة الأولى، وقد حكى ابن الرفعة في «شرح الوسيط» طريقة قاطعة بإجبارهما، ولم أرها لغيره وليتنبه لأمور؛ **أحدها**: تلخيص جميع ما تقدم أن المسألة على قول واحد، وهو إجبار البائع.

وقيل: قولين، وهو ذلك مع عدم الإجبار.

وقيل: ثلاثة بزيادة إجبارهما، وذلك مشترك بين الطريقة الثانية والثالثة.

وقيل: الرابعة، وذلك مُشترك بين الطريقة الرابعة، وبين الطريقة الخامسة التي فيها إجبار المشتري، ولا مزيد على هذه الأربعة؛ لأنها الأقسام الممكنة، لكن القول بإجبارهما اختلفت حكايته، فقيل: يُسلمان دفعة واحدة، أي: يقع تسليم البائع للمشتري وتسليم المشتري للبائع في زمن واحد.

وهذا هو الذي يُفهم من كلام المصنف وشيخه.

وقيل: يُجبران على الإحضار إلى الحاكم، ثم هو يتخير.

وقيل: يسلمان إلى عدل أو عدلين.

الثاني: أن أبا إسحاق المروزي، والشيخ أبا حامد متفقان أن القول الأول كلام الشافعي، وهو إجبارهما على الإحضار إلى الحاكم، ثم لا يبالي بأيهما بدأ.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٩).

والقول الثالث في كلامه، وهو التسليم إلى عدل هما قول واحد ثم اختلفا، فأبو إسحاق يُثبت الأقوال التي حكاها الشافعي أقوالًا في المذهب، وهي ثلاثة في زعمه، وأبو حامد لا يثبت ما حكاه عن غيره، وإنما يثبت ما اختاره لنفسه، وهو إما قول واحد أو قولان.

الثالث: في الفرق بين القول الأول والثالث في كلام الشافعي على القول بتغايرهما.

قال المَاوردي: بعد أن نسب إلى أبي إسحاق «أنهما قول واحد: إن سائر أصحابنا امتنعوا من ذلك وجعلوا كُلًّا منهما مخالفًا للآخر، قال: لأن الدفع والتسليم في القول الأول إلى الحاكم، فكان بحكمه، وفي الثالث الحكم منه في نصبه العدل، والأمر بالتسليم إليه، فاختلفا»[1].

وقال ابن الرفعة: «أن هذا الفرق لا [٥٨/أ] غِنًى فيه، وأن التحقيق في الفرق بينهما كما يقتضيه لفظ الشافعي، أما على إجبارهما بالتأويل الأول لا يبالي بأيهما بدأ، ونقول: لو تلف المال في يد الحاكم كان من ضمان من دفعه، كما صرح به الماوردي[2] على القول بالتسليم إلى العدل يقول: يبدأ العدل بتسليم المبيع، وادعى أن ذلك مغاير لإجبار البائع من جهة أنه على القول الثالث يكون للبائع بالثمن المقبوض بيد العدل حق اختصاص.

بل قد يقال: أنه يقدم به على الغرماء لو طرأ عليه، فليس كالمال يعزله الملتقط بدلًا عما يأكله من الطعام بقبض القاضي له.

وإن قلنا: لا يجوز للقاضي قبض أموال الغائب في الذمة، فإنه يثبت لصاحب الطعام به اختصاص عند فلس الملتقط، وإن لم يملكه.

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٨). بتصرف.

(٢) المصدر السابق.

ولو تلف الثمن في يد العدل فقياس إلحاقه بالقيمة المعزولة أن يكون في ضمان البائع، وإن لم يملكه، كما قالوا في القيمة المعزولة، والذي يظهر أنه من ضمان المشتري، وكذا المبيع لو تلف في يد العدل يكون من ضمان البائع، ولا جائز أن يقال: العدل نائب عنهما، فيستقر العقد بقبضه؛ لأنه لو كان لذلك لم يتعين البدأة بالدفع إلى المشتري، وهو بمقتضى ظاهر اللفظ متعين». انتهى كلام ابن الرفعة.

وليس في كلام الشافعي ما يقتضي ما قال، فإن الشافعي كما قال كما حكيته فيما تقدم، وحكاه هو أيضًا إيابًا من العدل أن يدفع الثمن إلى البائع والسلعة إلى المشتري، فمن أين له في كلام الشافعي أن العدل يبدأ بتسليم المبيع، والواو لا تقتضي الترتيب، ولو اقتضت الترتيب لاقتضت ضد ما ادعاه، وما الفرق بين الحاكم حتى يقال بأن الحاكم يتخير، والعدل لا يتخير، **وإذا عرف ذلك فنقول: إطلاق حكاية الشافعي في القول الأول يحتمل ثلاثة معانٍ:**

أحدها: أن الحاكم إذا حضرت السلعة والثمن إلى مجلسه يتخير في الأول لأحدهما بالتسليم إلى الآخر.

والثاني: أن يقبض بنفسه، ويكون بذلك يستقر العقد ويحتمل قبضه قائمًا مقام قبضهما.

والثالث: أن يقبض بنفسه ولا يستقر العقد بذلك، بل يكون قائمًا مقامها في الإقباض لا في القبض.

وكلام الماوردي ينفي الاحتمال الأول؛ لأنه صرح في آخر كلامه بأن التسليم إلى الحاكم ما ينفي الاحتمال الأول، وقال في التفريع على ذلك: «إنه لو أحضرا ذلك إلى الحاكم، فتلف في مجلسه كان من ضمان صاحبه، إن كان التالف هو المبيع بطل البيع، وإن كان هو الثمن، فعلى المشترى أن

يأتي ببدله، إلا أن يكون الثمن معينًا فيبطل البيع أيضًا بتلفه»[(١)]. انتهى.

فهذا يقتضي أن العقد لم يستقر بذلك، وهذا الكلام من الماوردي لم يصرح هنا بأن الحاكم قبض، بل قال: «تلف في مجلسه»، لكن نقول على ذلك القول: إن الحاكم هو القابض عرف أن مراده التلف في مجلسه بعد قبضه، وهذا الكلام من الماوردي يحتمل لأن يكون تلف في مجلس الحاكم بعد قبضه أو قبل قبضه، فإن [٩٥/أ] كان مراده أنه بعد قبضه، فيدل منه على تعين الاحتمال الثالث، وإلَّا فالاحتمال الثاني قائم.

وأما القول الثالث: وهو التسليم إلى العدل، فهو يحتمل أمرين وهما الاحتمال الثاني والثالث اللذان ذكرناهما في التسليم إلى الحاكم، والأقرب في الحاكم الاحتمال الثالث، وأن العقد لا يستقر بقبضه بل يده طريق في الدفع، والأقرب في العدل الاحتمال الثاني، وأنه منصوب نائبًا عنهما في القبض، وبذلك يحصل الاختلاف بين القولين، والله أعلم بالمراد، فإن الأمرين محتملان.

والأقرب أن القولين في المعنى يعودان إلى قول واحد، كما قال أبو إسحاق، والشيخ أبو حامد، وأن المقصود بذلك أن يحصل العوضان في مكان يؤمن عليهما ويكون كل منهما إذا سلم لا يخشى على مقابله، وهذه الطريق تحصل بِأَن يَصِلا إلى يد الحاكم أو عدل، فكل من القائلين ذكر طريقًا، وعلى كِلَا الطريقين لا يحصل القبض واستقرار العقد، إلا بوصول كل منهما إلى حقه، والتلف في يد الحاكم أو العدل كالتلف قبل القبض، ولعل الشافعي إنما سكت في العدل عن كونه لا يبالي بأيهما بدأ؛ لذكره ذلك في الحاكم، فاستغنى عن إعادته، وإنما قال بذلك ولم يوجب التسليم إليهما معًا؛ لأنه قد أمن الفوات فليس في التقديم ضرر.

---

(١) الحاوي (٥/ ٣٠٨).

وهذا الزمن اللطيف لا يحصل به تأخير الحق عن مستحقه، وهو لا يشاحح الحاكم والعدل في ذلك، وإنما يشاحح خصمه.

وقد عرف لما ذكرناه أن محل التخيير إذا قلنا به بعد قبض الحاكم أو العدل، وليس للحاكم أن يتخير في إجبار أحدهما على التسليم إلى الآخر إذا حضر العوضين إلى مجلسه ولم يقبضهما؛ لأن الذي يبدأ به إذا قبض ماله ومقابله في يده، فقد تبادر في تلك اللحظة فيتلفهما جميعًا، فيفوت غرض الآخر بخلاف الحاكم والعدل، فإن ذلك مأمون فيهما.

وممن صرح بأنه إذا تلف في يد العدل يكون كالتلف في يد الدافع؛ الجرجاني في كتاب التفليس.

الرابع: أن بما تقدم يُعلم أن في المسألة خمسة أقوال: عدم الإجبار، إجبار البائع، إجبارهما على التسليم إلى الحاكم ثم يتخير، وهذه الثلاثة منصوصة إجبارهما على أن يُسلم كل منهما إلى صاحبه دفعة واحدة، ولا يدل النص عليه إجبار المشتري وهو مخرج، وأما إجبارهما على التسليم إلى عدل، فقد اخترنا موافقة الشيخ أبي حامد على أنه ليس معتبرًا للحاكم إلَّا في الصورة، فلا فائدة في عده.

الخامس: أن قول المصنف: «ثم يسلم إلى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة إن كان مراده الحاكم، وأنه بعد إحضارهما يسلم ذلك دفعة واحدة»، فهذا مخالف مخالفة ظاهرة لما قاله الشافعي، وإن كان المراد أن كلًّا منهما يسلم لصاحبه دفعة واحدة، فهو غير ما قاله الشافعي، وإن كان المراد أن العدل يسلم ذلك دفعة واحدة.

فليس في الكلام ما يدل [٥٩/ب] عليه، وأن في كلام الشافعي: وأيضًا يكون مخالفًا لمن يرى التسوية بين العدل والحاكم، لكن هذا القول، وإن لم يكن في كلام الشافعي ولا أكثر الأصحاب، فإنه متجه لاستواء الجانبين في

الاستحقاق؛ ولئلَّا يترتب على سبق أحدهما ولو بلحظة فساد يتصرف قبل أن يحجر عليه أو غير ذلك.

وقياس المصنف على ما لو كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير يقتضي أن هذا الحكم مستقر في المسألة المذكورة.

والظاهر أن هذا الخلاف لا يجري فيه؛ لأن الجانبين مستويان من كل الوجوه، ولا كذلك هنا؛ لما سبق، وقد فرق بأن الملك هناك تام، وأما هنا فلا يتم إلَّا بالقبض، وأصل ثبوته بالاختيار، فقد يقال: إن تمامه يتوقف على الاختيار، هكذا ذكر بعضهم هذا الفرق، وفيه نظر، فإنه يقتضي أن المشتري إذا سلم الثمن يجوز للبائع تأخير المبيع، ولا قائل به.

السادس: أن الشافعي ردد القول بين عدم الاختيار وبين إجبار البائع، ثم اختار إجبار البائع، ولم يلو على إجبارهما أصلًا، ومقتضى ذلك أن قول عدم الإجبار عنده أرجح من القول بإجبارهما، وأنت إذا وقفت على ما تقدم ونظرت فيما ذكره المصنف من التعليل وجدت أرجح الأقول إجبار البائع، ثم إجبارهما.

وأما القول بعد الإجبار فمنحط عنهما، وقياسه على النكول غير ظاهر؛ لأن المدعي إذا نكل لم يترتب على نكوله أكثر من وقوف الحق الذي يدعيه، وهو متمكن من الوصول إليه بيمينه ولا يثبت إلَّا بها، وها هنا حق كل منهما ثابت وليس موقوفًا على تسليم الآخر، لكنه قد يكون عند الشافعي شيء لم يظهر لنا.

السابع: في شرط جريان هذا الخلاف، وله شروط:

أحدها: [أن يكون][1] الثمن في الذمة.

---

(١) في المخطوطة: «يكن»، والصواب ما أثبتناه.

وقد صدر الشيخ به كلامه، فلو كان معينًا، فقد ذكره في آخر الفصل.

الثاني: أن يكون حالًا، فلو كان مؤجلًا، لم يجر الخلاف بلا خلاف، بل يجبر البائع على التسليم ولا يملك مطالبة المشتري، وإن كان غريبًا يرهن ولا كفيل؛ لأنه المفرط، فلو حل الأجل قبل التنازع؛ ففي «التهذيب»[1] أن الخلاف لا يجري نظرًا إلى حالة العقد، وفي نظيره من الصداق وجهان، والقياس جريانهما هنا.

وقد حكاهما الروياني[2]، وقال: إن الظاهر المذهب أن البائع ليس له حق الحبس في هذه الحالة.

الثالث: أن يقع التنازع بعد لزوم العقد؛ لأن الدعوى في زمن الخيار غير ملزمة، هكذا قاله ابن الرفعة.

الرابع: أن يكون كلٌّ منهما عاقدًا لنفسه، ولم يتعلق بالمبيع حق الغير كالمرتهن وغرماء المفلس، فإن الأصحاب قالوا في الحاكم إذا باع مال المفلس: ثلاث طرق، قال ابن العطار: يبدأ بالمشتري قطعًا. وقيل: يجيء مع ذلك أنهما يجبران.

وحكى الماوردي[3]؛ أنه يجيء أيضًا إجبار البائع، واتفقوا على إسقاط القول بأنهما لا يجبران؛ لأن الحال لا يحتمل التأخير [٦٠/أ] ⇑ فلو وجدت النيابة من غير تعلق، فقد قال ابن الرفعة: إنه إن كان نائبًا عن البائع لم يأت إلَّا قول إجبارهما، وقول إجبار المشتري.

وإن كان نائبًا عن المشتري، لم يأت إلَّا قول إجبارهما، وقول إجبار البائع وإن كانا نائبين تعين القول بإجبارهما.

---

(١) التهذيب (٥/ ٥٢٠).
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٩).
(٣) الحاوي (٥/ ٣٠٨).

كما حكاه الإمام في كتاب التفليس، وقال: «إن مقتضى ما حكاه الماوردي من إجبار البائع في الفلس أن يأتي فيما إذا كان البائع نائبًا عن الغير، وأن يأتي قول إجبار المشتري فيما إذا [كان][١] نائبًا في الشراء، وإن [كان][٢] نائبًا جميعًا فيما إذا كانا نائبين ولا يعدم إلَّا عدم الإجبار»[٣].

الرابع: أن يكون المبيع عند العقد في يد المشتري، والثمن المعين في يد البائع، فلو كان كذلك فالمشهور أنه لا حق للآخر في التعلق به، ووجهه المتولي بأنه لما باع منه مع كون المال في يده، فقد رضي بدوام يده، هذا إذا كان في يده بحكم الأمانة، فلو كان بحكم الغصب ونحوه فعلته أن البيع جهة ضمان، والمال في يده مضمون، فسقط ضمان القيمة ويقدر ضمان الثمن.

وفي «الحاوي» وجه أنه لا بد من النقل والتحويل وإذن البائع إذ كان له حق الحبس، قال ابن الرفعة، فعلى هذا لو وقع التنازع جرت الأقوال.

الخامس: ذكر الرافعي أمرًا مهمًّا، «وهو أن طائفة توهمت أن الخلاف في البدأة خلاف في أن للبائع حق الحبس.

فإن قلنا: البدأة بالبائع، فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن وإلَّا فله، ونازع الأكثرون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا تنازعا في مجرد البدأة، وكان كل واحد منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، أما إذا لم يبذل البائع المبيع وأراد حبسه؛ خوفًا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف، وكذلك المشتري له حق حبس الثمن؛ خوفًا من تعذر تحصيل المبيع. نص عليه الشيخ أبو حامد والماوردي»[٤].

---

(١) (٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٣٩٣). بمعناه.

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٧٩-٤٨٣).

قلت: وهذا حسن حين قال الماوردي: «أنه لو تأخر تسليم المبيع لعذر أو غير عذر لم يلزم المشتري تعجيل الثمن، ولو أعطى المشتري البائع بالثمن رهنًا أو ضمينًا، لم يلزمه تسليم المبيع؛ بخلاف ما إذا احتال به أو اعتاض عنه أو أبرأ منه[1]»[2].

وللإمام وطائفة يرون أن الخلاف في البدأة خلاف في حق الحبس.

ويلائمه ذكر الشافعي والأصحاب أحوال الثمن في الغيبة والإعسار؛ تفريعًا على الإجبار، إلا أن يقال: بأن المراد إذا طرأت هذه الأحوال بعد الإجبار، ومقتضى كلام القاضي حسين، أن البائع يجبر على تسليم المبيع إذا كان الثمن حاضرًا في البلد، وإن كان غائبًا عن المجلس، ولا يجبر عليه إذا كان الثمن غائبًا عن البلد لو كان المشتري مفلسًا، فأما ما ذكره[3] في حالة الغيبة والإفلاس، فموافق لما قاله الرافعي[4]: عن الأكثرين وهو الحق، فإن إجبار البائع على التسليم ثم تمكينه من الفسخ بالغيبة [٦٠/ب] أو الإعسار لا معنى له، فلا شك في إثبات حق الحبس للبائع ها هنا، وإن خالف الإمام[5] أو غيره في ذلك، فمخالفتهم بعيدة.

وأما ما اقتضاه كلامه من الإجبار على تسليم المبيع في حالة حضور الثمن في البلد وغيبته عن المجلس، فهو مخالف لما اقتضاه كلام الماوردي والرافعي[6]، وفي الترجيح بينهما نظر، والقلب إلى ما قاله الماوردي والرافعي أميل، وفي معنى ذلك ما إذا كان المال الحاضر معه في المجلس

---

(١) كرر هنا في المخطوطة قوله: «أو أبرأ منه» وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠٧). بتصرف يسير.

(٣) كرر هنا في المخطوطة قوله: «ذكره» وهي زيادة بدون فائدة.

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٨٣).

(٥) نهاية المطلب (٥/ ٣٧١).

(٦) انظر مصادرهم السابقة.

ليس من جنس الثمن؛ حتى يحتاج إلى تأخر بسبب بيع أو اعتياض، وإنما يظهر إجبار البائع إذا كان الثمن بيوعه ووصفه حاضرًا في المجلس، وما في معناه بحيث لا يتوقع تأخره، وهل يستكسب المبيع في يد البائع بحق المشتري؛ كما يستكسب المرهون في يد المرتهن بحق الراهن، فيه وجهان في «النهاية»[١].

ولو باع ثوبًا بدينار في الذمة وقبض دينارًا عنه وسلم الثوب، ثم خرج الدينار زيوفًا رده، وهل يعود حق الجنس، فيه وجهان يثبتان على جواز الاستبدال في مسألة الصرف[٢].

فروع:

لو تبرع البائع بالتسليم، لم يكن له رده إلى جنسه؛ قاله الرافعي، [قال][٣] الرافعي: «وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين، ولو أودعه إياه فله ذلك»[٤].

وفي «النهاية» في باب الرهن: «والحميل[٥] في بطلان حق الحبس وجهان [...][٦] على العارية، ثم [...][٧] من يجعل الإعارة أولى بالبطلان؛ لأنه يبعد أن يحفظ المالك ملكه لغيره.

وقيل: الإيداع أولى بألَّا يبطل؛ لأنه ليس فيه تسليط[٨].

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٤٥).

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٣١٩).

(٣) في المخطوطة: «قاله».

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٨٥-٤٨٦).

(٥) بدت لنا هكذا قراءتها من المخطوطة. ومكان هذه الكلمة في «النهاية»: ولو أودع البائع المبيع عند المشتري.

(٦) هنا في المخطوطة بياض قدر كلمة.

(٧) هنا في المخطوطة بياض قدر كلمة.

(٨) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٩-٢٤٠).

وإذا قلنا: إن حق الحبس لا يبطل فتلفه في يد المشتري، كتلفه في يد البائع قاله القاضي أبو الطيب في أواخر كتاب الشفعة[١].

ولو صالح من الثمن على مال لم يسقط حق الجنس بذلك، وقال المشتري: بل سلمته إليَّ، فمن المصدق منهما؟ فيه وجهان في «النهاية» في كتاب الرهن[٢].

فرع

حكم الاختلاف الجاري بين المكري والمكتري في البدأة بالتسليم، حكم البائع والمشتري هكذا أطلقوه هنا، وهو في إجارة العين ظاهر، وأما الإجارة على الذمة، فكلامهم في المسابقة، وأنه لا يجب تسليم العوض فيها بمجرد العقد، بخلاف الإجارة يشعر بالبدأة بتسليم الأجرة قبل العمل، وفي ذلك مخالفة لإطلاقهم هنا؛ لأن الأجرة بمنزلة الثمن، فيأتي فيها الخلاف، بل قد يقال: إن محل الخلاف إنما هو فيما إذا لم يخش الفوت.

وإذا كانت الإجارة على عمل، فكل منهما إذا سلم قد يخشى الفوت.

وجواب هذا: أن المعتبر في التسليم في الإجارة على الذمة تسليم العين التي يستوفى منها، هكذا يقتضيه كلام الروياني في باب السلم[٣] فيما إذا جعل رأس المال منفعة، وحينئذٍ فالعين المستوفى منها بمنزلة المبيع والأجرة بمنزلة الثمن، فتجري فيه الأقوال.

أما مال [٦١/أ] المسابقة، **فقيل:** كالأجرة. **وقيل:** لا يجب إلا بتمام العمل،

---

(١) نقله عنه - أيضًا - شيخ الإسلام زكريا في أسنى المطالب (٩٢٦) (٢/ ٩٠)، وشهاب الدين الرملي في حاشيته على أسنى المطالب (٢/ ٩٠)، والخطيب الشربيني في مغني المحتاج (٢/ ٧٦)، وابن حجر الهيتمي في نهاية المحتاج (٤/ ١٠٦).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٣٩).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٧١).

وكلام الرافعي يقتضي ترجيحه[١]، وعلى هذا يفرق بينه وبين الأجرة، وكذا الاختلاف بين المسلم والمسلم إليه، فلو اختلفا في الأجل أو قدره تحالفا، ولو اختلفا في انقضائه أو ابتدائه، فالقول قول مَنْ عليه الحق قاله الروياني[٢]، وقد تقدم ذلك.



(١) فتح العزيز (١٠/ ٣٦٩).
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧٢).

قال المصنف رحمه الله(١):

فعلى هذا ينظر فيه، فإن كان المشتري موسرًا، نظرتَ: فإن كان ماله حاضرًا أجبر على تسليمه في الحال.



إجباره على التسليم؛ لأنه قد يسلم المبيع، وتسليم الثمن واجب عليه، ولم يبق له مانع، فيجبر على تسليمه؛ لتندفع الخصومة.

قال الماوردي: «وفي هذه الحالة يكون المشتري ممنوعًا من التصرف في المبيع وسائر أمواله؛ حتى يدفع الثمن إلى البائع، ثم يطلق تصرفه فيه»[(٢)]، وهذا الذي قاله الماوردي: من ثبوت الحجر في هذه الحالة، سكت الرافعي والأكثرون عنه فلم يذكروه، والمراد بكونه ممنوعًا: أن الحاكم ينشئ الحجر عليه.

وقال ابن الرفعة: «فلو أصر على الامتناع، فهل يثبت للبائع فسخ البيع؟! فيه وجهان؛ أصحهما في «الإشراف»: أنه لا يثبت، وجعله الإمام في الفلس ظاهر المذهب»[(٣)].

قلت: والإمام والهروي في «الإشراف» حكياه كما قال، لكن لم يصرحا بما إذا كان ماله حاضرًا في المجلس، كما هو فرض مسألتنا، بل أطلقا ذلك فيما إذا كان موسرًا متغيبًا، وبيَّن الإمام أن ذلك فيما عسر تخطيطه منه، وإذا كان كذلك كان لجريان الخلاف في الفسخ وجه، أما فيما هو حاضر

---

(١) لفظ الجلالة (الله) ساقطٌ من المخطوطة.

(٢) الحاوي (٥/ ٣٠٨). بتصريف يسير.

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٣١٤).

وتخليصه منه بالقهر ممكن، فلا وجه له، فإن فرض عسر التخليص مع الحضور، كما إذا كان للمشتري قوة لا يقدر الحاكم بأعوانه على انتزاعه من يده جرى الخلاف، فليحمل كلام ابن الرفعة على ذلك.

وقول المصنف: «ماله»؛ أي: حبس الثمن، وهو أحسن من قوله في «التنبيه»: «فإن كان الثمن حاضرًا»[1]؛ لأن فرض المسألة أن الثمن في الذمة، فتناول بجنس الثمن، وكلامه هنا لا يحتاج إلى ذلك، لكن إذا كان ماله الحاضر من غير جنس الثمن، فهو يقول كما لو كان من جنس الثمن، فيستوفى منه بطريقة؛ إما بأن يباع ويستوفى منه ثمنه، أو باعتياض، أو يجعله كما لو كان الثمن في داره؛ حتى يحجر عليه، للاحتياج إلى مضي زمان في ذلك، كالمضي إلى الدار والدكان لم أر فيه نقلًا، لكن كلام المصنف يدل على الأول، وكذلك ما تقدم من كلام الشافعي أنه إن كان له مال أجبر على دفعه من ساعته.

واعلم أن كلام المصنف وكذلك غيره من العراقيين وصاحب «التهذيب» يقتضي أن هذه الأحكام المذكورة في الإجبار والحجر والفسخ وجميع ما سيأتي، إذا سلم البائع بإجبار الحاكم؛ تفريعًا على المذهب في القول بالإجبار.

أما لو تبرع البائع به وقلنا: إنه لا يجبر، فكلام الإمام والرافعي يقتضي أن الحكم كذلك، وفيه نظر؛ لأنه إذا سلم باختياره كيف يتمكن من الفسخ بعد ذلك، وكيف يحجر الحاكم لأجله؟! وهو لا يفعل ذلك [٦٦/ب] في غيره من الديون، وسيأتي فيما إذا كان معسرًا ما يؤيد هذا المعنى.

وحيث قلنا: يجب على البائع البدأة، أو قلنا: لا يجب، ولكن تبرع به فيجبر المشتري على القبول ليخلص من ضمانه، ولا يمهل حتى يتمكن من

(١) التنبية (ص: ٩٧).

تسليم الثمن، فإن لم يقبضه قبضه القاضي عنه.

وقيل: يبرئ القاضي البائع عن ضمانه، فتصير يده يد أمانة، حتى لو تلف في يده لم ينفسخ البيع، وعبر الغزالي عن هذا بأنه: «يرفع الأمر إلى القاضي حتى يودعه عنده»[(١)]؛ أي: يبرئه، فيصير وديعة عنده بأمر الحاكم هكذا أوَّله ابن أبي الدم.

وفي «البسيط»: أن القاضي يقبضه ثم يودعه عنده، فإنه أولى الناس به، وعلى هذا يكون وجهًا آخر، وكأنه نزَّل القول بالإبراء على هذا المعنى، وإن لم يجد قاضيًا، وامتنع المشتري من قبضه أثم، وبقي[(٢)] في ضمان البائع. وقيل: يقبضه البائع بنفسه عن نفسه للضرورة، كما في الظفر، ولم يطرد هذا الوجه في الدَّيْن ولا الوجه القائل بإبراء القاضي، ومع ذلك رد هذا الوجه بأن فيه قبضًا لغيره مما تجب يده.

وفي مثل هذا لا يجوز اتحاد القابض والمقبض بخلاف مسألة الظفر، فإنه قابض لنفسه من مال غيره الذي ليس تحت يده، وإن لزم منه اتحاد القابض والمقبض، لكنه في هذا النوع غير ممتنع بخلاف الأول، وفيما ذكروه هنا دليل على عرض المبيع على المشترى، والامتناع من قبضه لا يصيرُه أمانة.

وظاهر ذلك مخالف لما صححه الرافعي[(٣)] وغيره، أن وضعه بين يدي المشتري كاف؛ إذ لو كان ذلك كافيًا لكان طريقًا للخلاص، وسيأتي بعد كراسة كلام في ذلك، ولم يحصل به بيان الضرورة التي ذكروها هنا إذا اكتفينا بذلك في القبض، ولا كان لإجبار القاضي معنًى إذا حصل القبض بالوضع، وصورة المسألة التي صحح الرافعي حصول القبض فيها «أن يأتي

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٧). (٢) في المخطوطة زيادة: «من».
(٣) فتح العزيز (٨/ ٤٤٦).

البائع بالمبيع ويضعه بين يديه، فيقول المشتري: لا أريده»[١]، وهذا امتناع كما فرضوه هنا.

أما إذا قال المشتري: ضعه فوضعه، فقد جزم بحصول القبض، ويحتمل: أن يوفق بين الكلامين بأن يكون الامتناع ها هنا مع عدم الإتيان بالمبيع، بل طالبه البائع بقبضه، فامتنع، وقد لا يتأتى له وضعه بين يديه، وحينئذٍ لا يحصل القبض، ويحتاج إلى الحاكم، ومن المعلوم أن إجبار المشتري على تسليم الثمن إنما يكون بعد لزوم العقد.



(١) فتح العزيز (٨/ ٤٤٦). بمعناه.

قال:

وإن كان في داره أو دكانه، حجر عليه في المبيع، وفي سائر [ماله][1] إلى أن يدفع الثمن؛ لأنه إذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه فيضر [بالبائع][2].



هذا الحجر قد تقدم من كلام الشافعي عن «الأم» و«المختصر»، واختلف الأصحاب في حقيقة هذا الحجر على وجهين؛ أصحهما وبه قطع الجمهور وهو الأوفق لكلام الشافعي: أنه نوع آخر مخالف لحجر الفلس لا يشترط [٦٢/أ] فيه ضيق المال عن الوفاء، ولا يتسلط بسببه البائع على الرجوع في عين ماله، ولذلك يسمى الحجر الغريب.

وسبب إثباته: صيانة حق البائع؛ لئلا يتصرف المشتري في المبيع ويتلف سائر أمواله، فلا يجد ما يوفي منه الثمن، فحجر عليه في المبيع، كما اقتضاه نصه في «الأم»[3]، وفي سائر ماله كما اقتضاه نصه في «المختصر»[4]؛ وعلى هذا فالأكثرون على إثباته في حال وجود المال في البلد، وحملوا قول الشافعي: غاب ماله على الغيبة في المجلس.

ونقل الغزالي عن ابن سريج أنه إنما يحجر في حال الغيبة عن البلد، أما في البلد فلا حجر، وادعى الغزالي أن هذا هو الصحيح[5]، وليس كما قال، بل هذا النقل لا يكاد يعرف، والمنقول عن ابن سريج في «النهاية»[6] إذا

---

(١) في المطبوع من المهذب: «أمواله».

(٢) من المطبوع من المهذب.

(٣) الأم للشافعي (٣/ ٢٢٣).

(٤) مختصر المزني (٨/ ٢٠٣).

(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٨).

(٦) نهاية المطلب (٥/ ٣٧١).

كان المال في البلد إنه يحجر، ويستمر في يد المشتري إلى أن يأتي بالثمن، فلا خلاف بينه وبين الأصحاب في هذه الحالة على ما حكاه الإمام.

والوجه الثاني: وهو محكي في طريقة الخراسانيين أن هذا الحجر ملحق بحجر الفلس، ونزل بهذا القائل نص الشافعي على الحجر بالفلس، وأبطل الناقلون لهذا الوجه هذا التأويل، ورتبوه لمخالفته كلام الشافعي، وما هو المقصود من هذا الحجر، فعلى هذا الوجه يشترط أن يضيق المال عن الوفاء، وهل يدخل المبيع مع سائر الأموال في الاحتساب؟! فيه وجهان كما هما مذكوران في باب التفليس، أصحهما الدخول. وبه قال البغوي[(١)]، وسيأتي فيما إذا كان معسرًا زيادة في هذا المعنى وجبت، وإن شرط الحجر على هذا الوجه، فمقتضى نقل الإمام والغزالي: أنه لا يحجر عليه في المبيع ولا في غيره.

وقال البغوي: «يحجر عليه في المبيع ولا يحجر في سائر ماله، وحيث حجر عليه في جميع ماله على هذا الوجه، فهو حجر فلس، مقتضاه أن للبائع أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله»[(٢)]، وإن لم يصرحوا به في التفريع؛ لضعف هذا الوجه.

فروع:

هل يحتاج الحاكم في ضرب هذا الحجر إلى سؤال البائع، إن قلنا: بأنه حجر فلس؛ احتاج إليه قاله الإمام[(٣)]، وإن قلنا بالمذهب فلا، كما هو المفهوم من فحوى كلام الشافعي والأصحاب.

قال الروياني: «فيحتمل: أن يكون المراد إذا طلب.

---

(١) التهذيب (١/ ٢٧). بمعناه.

(٢) التهذيب (١/ ٢٧). بمعناه.

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٣٩٩).

ويحتمل: أن يحجر هنا من غير طلب لمعنيين؛ **أحدهما**: أن الخصومة وقعت عند الحاكم واطلع عليها، فله أن [يسد][(1)] على الخصمين طريق المخاصمة في المستقبل.

والثاني: أنه لما أجبر البائع على التسليم نظر[(2)] إلى المشتري، يجب أن ينظر إلى البائع ما أمكنه، وإن لم يسأله، ولا إشكال أنه لا يثبت إلا بإنشاء الحاكم»[(3)].

وهل يحتاج في رفعه إلى فك الحاكم، أو بتسليم الثمن ينفك، ظاهر كلام الشافعي والشيخ أبي حامد والماوردي[(4)] الأول.

فرع قال الغزالي: «اتفقوا على أنه لا حجر عند إمكان الفسخ بالفلس، فإنه لا حاجة إلى الحجر»[(5)]، واعترضه الرافعي[(6)] بأنا إذا مكنا البائع من الفسخ ⇑ [٩٢/ب] بسبب الغيبة، فاختار الصبر إلى الإحضار حجر عليه، ولك أن تقول سيأتي نزاع في ذلك.

ولو سلمناه ففي الحجر - حينئذ - فائدة، وهي منعه من التصرف ولم يكن ممنوعًا قبل ذلك، أما المفلس المحجور عليه بالفلس، فلا فائدة في إنشاء حجر آخر عليه، وهذا الذي يظهر إنه مراد الغزالي، وإن كان مفلسًا غير محجور عليه، وأمكن البائع أن يطلب من الحاكم الحجر عليه بالفلس ليرجع في عين ماله، فهل يمتنع بسبب ذلك إنشاء الحجر الغريب عليه؟ الظاهر أنه لا يمتنع ويصبر كما ذكره الرافعي في حالة الغيبة بل أولى، والله أعلم.

---

(١) غير واضحة في المخطوطة، والمثبت من بحر المذهب (٥/ ٢١).

(٢)وردت في المخطوطة: «نظرا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) بحر المذهب (٥/ ٢١). بتصريف.

(٤) الحاوي الكبير (٦/ ٣٦٣).

(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٧).

(٦) فتح العزيز (٨/ ٤٧٨).

تنبيه:

قول المصنف: «في داره أو دكانه». مثال لما إذا كان معه في البلد، كما قاله في «التنبيه»[(١)]، وفي كلامه هنا زيادة تنبيه على تيسر حصوله له حتى لو كان في البلد، وهو عاجز عنه؛ كان حكمه حكم الغائب فيما نظنه.

قال: وإن كان غائبًا على مسافة تُقصر فيها الصلاة، فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله؛ لأن عليه ضررًا في تأخير الثمن، فجاز له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس المشتري.

الحالة الثانية: أن يكون مال المشتري على مسافة بعيدة وهي مفسرة عند أكثر الأصحاب، كما فرضه المصنف، وعند الماوردي[(٢)] بثلاثة أيام، **وجعل فيما دونها وفوق يوم وليلة وهي مسافة القصر وجهين**:

أحدهما: أنها في حكم الحضر.

والثاني: في حكم الثلاثة الأيام.

ومجموع ما قاله الأصحاب في المسافة البعيدة ثلاثة أوجه:

أصحها عند الأكثرين: أن للبائع الفسخ، كما ذكره المصنف وبه جزم القاضي أبو الطيب والماوردي[(٣)] والبندنيجي والقاضي حسين.

وعلى هذا قال الرافعي: «إن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر على ما سبق»[(٤)] وتقدم التوفيق بينه وبين ما قاله الغزالي، لكن في «البسيط» عن العراقيين أنه إنما يحجر عليه عندهم حيث لا فسخ؛ إذ لا فائدة للحجر عند جواز الفسخ، وظاهر ذلك امتناع الحجر في هذه الصورة.

---

(١) التنبية (ص: ٩٧).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٩).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٨).

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٧٢).

ويؤيده أن الماوردي قال في المسافة المتوسطة: «إذا ألحقناها بالبعيدة وجعلناه كالمفلس، يخير البائع بين الرجوع والصبر، فإن صبر أطلق تصرف المشتري في المبيع وغيره»[١]، والمفهوم من فحوى كلام الأصحاب أن هذا الفسخ لا يحتاج إلى تسليط الحاكم عليه.

والثاني: وهو الأصح عند صاحب «التهذيب»[٢]، ويشمله كلام المصنف في «التنبيه»[٣] أنه لا فسخ، ولكن تباع السلعة ويوفى من ثمنها حق البائع، فإن فضل شيء فهو للمشتري، وشبهه صاحب «التهذيب»[٤] بمن ظفر بغير جنس حقه، وهذان الوجهان مشهوران في طريقة العراقيين وغيرهم.

والثالث: حكاه الإمام عن ابن سريج في «الوسيط»[٥] أنه الصحيح، أنه يرد ⇑ [١/٦٣] المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري ويمهل إلى الإحضار، ولا يفسخ إلَّا إذا امتنع الوصول إلى الثمن بعينه شاسعة يعد مثلها امتناعًا، واحتج الرافعي[٦] له بأن الشافعي لم يذكر في حالة الغيبة إلا الحجر، وخص الرجوع بحالة الإفلاس، لكن القاضي حسين حمل الغيبة في كلام الشافعي على الغيبة في البلد عن المجلس وهو بعيد؛ لمخالفته إطلاق الغيبة، ولئلا يكون الشافعي لم يستوعب الأقسام، إذا عرفت ذلك علمت أن الأوجه الثلاثة متفقة على أن للغيبة البعيدة أثرًا مخالفًا لحكم الحضر، فأثرها على الوجه الأول: الفسخ، وعلى الثاني: البيع، وعلى الثالث: الرد إلى يد البائع، فإن ابن سريج في الحضور، يقول: ببقاء السلعة في يد

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٩).

(٢) التهذيب (٣/ ٥١٢).

(٣) التنبية (ص: ٩٧).

(٤) التهذيب (٣/ ٥١٢).

(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٨).

(٦) فتح العزيز (٨/ ٤٧٧).

المشتري مع الحجر كما تقدم، وهل نقول: مع الفسخ أو البيع بالحجر إلى أن يفسخ أو يباع؟ المفهوم من كلام كثير من الأصحاب كالمصنف وغيره[١]: المنع، ويؤيده ما تقدم عن «البسيط».

ومقتضى كلام الإمام أن الحجر في الأقسام كلها؛ ولذلك اعترض ابن الرفعة[٢] على صاحب «التنبيه»[٣] في قوله: وإن كان غائبًا بيعت السلعة في الثمن، فلم يذكر الحجر، والأقرب الأول، فإنه لا فائدة في ضرب الحجر مع القدرة على الفسخ أو البيع.

نعم؛ ما ذكره الرافعي قد يقرب القول به، إذا بذل البائع حقه من الفسخ على أن يحجر عليه يمكن أن يجاب إليه، وبمثله يمكن أن يقال في البيع على الوجه الآخر.

وجريان هذه الأوجه الثلاثة على قولنا: بأن الحجر المذكور في هذا الباب غير حجر الفلس ظاهرًا، أما القائلون بأن ذلك هو حجر الفلس، قد يقال: إنه لا فرق عندهم بين حالتي الغيبة والحضور إن اجتمعت شروط حجر الفلس، حجر وإلَّا فلا، ويلزم من ذلك أن يخرج وجه رابع بالإمهال وعدم الحجر إذا كان ماله الغائب وافيًا كما في حالة الحضور، لكن في هذا يوقف؛ لأن القاضي الحسين من جملة القائلين: بإلحاق ذلك بحجر الفلس، ومع ذلك جزم هنا بالفسخ في حالة الغيبة؛ لحمله الغيبة في كلام الشافعي على الغيبة في البلد، فثبوت الفسخ بالإعسار عنده عام، وهو الذي تعرض الشافعي له في الحضر على زعمه، وثبوت الفسخ في هذه الصورة؛ لإلحاقه بالفلس في التعذر.

---

(١) في المخطوطة: «غير»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) التنبيه (ص: ٩٧).

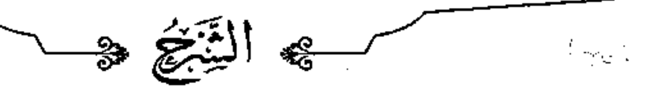
(٣) كفاية النبيه (٩/ ٢٢٤).

فشرط تخريج الوجه المذكور أن يعرفه لنا قائل: بأن هذا الحجر حجر فلس مطلقًا في الغيبة والحضور، كما يقتضيه كلام الغزالي، ويكون ذلك القائل يقول في حال الغيبة: بأنه لا فسخ ولا بيع وهذا لم يتحقق.



قال:

وإنْ كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة، ففيه وجهان:
أحدهما: ليس له أن يختار عين ماله؛ لأنه في حكم الحاضر.
والثاني: له أن يختار عين [ماله][1]؛ لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب، كما يخاف عليه بعد[2].



قطع الماوردي[3] بإلحاق هذه الغيبة بالحضر، وإنما تردد في الزائد عليها [إلا ثلاث][4]، والأكثرون جعلوها محل التردد وحكوا فيها [٦٣/ب] الوجهين، والأول هو الأصح عند النووي[5]، وجزم به الرافعي في «المحرر»[6]، ويقتضي إلحاقها بالحضر على الأصح أن يعود فيها جميع ما تقدم في تلك، فعلى الأصح: يحجر عليه إلى أن يحضر المال، ويدفع الثمن.

وقد صرحوا بذلك هنا - أيضًا - وعلى هذا قال البندنيجي: إن حضر قبل الثلاث فذاك، وإن تأخر أكثر من ثلاث كان البائع أحق بعين ماله، وهو غريب.

---

(١) سقطت من المخطوطة، وأثبتناها من المطبوع من المهذب.
(٢) في المطبوع من المهذب ورد هذا النص: «وإن كان غائبًا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة، فللبائع أن يفسخ البيع، ويرجع إلى عين ماله؛ لأن عليه ضررًا في تأخير الثمن، فجاز له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس المشتري، وإن كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة، ففيه وجهان، أحدهما: ليس له أن يختار عين ماله؛ لأنه في حكم الحاضر. والثاني: له أن يختار عين ماله؛ لأنه يخاف عليه الهلاك فيما قرب، كما يخاف عليه فيما بعد». (٣/ ١٥٦، ١٥٧).
(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٩).
(٤) في المخطوطة: «إلى ثلاثا»، والمثبت هو الصواب.
(٥) روضة الطالبين (٣/ ٥٢٥). (٦) المحرر (ص: ١٧١).

والثاني: أصح عند ابن أبي عصرون، وأطلقوا الوجهين من غير تفصيل فيما دون مسافة القصر، وذلك يشمل مسافة العدوى ودونها.

وفي «شرح التنبيه» للشيخ تَاج الدِّينِ الفَزَارِيِّ أن مسافة العدوى ودونها في حكم البلد، ولم أر ذلك لغيره، ولما كان المصنف فيما تقدم جازمًا بالفسخ في حالة الغيبة البعيدة، لا جرم لم يذكر هنا على الوجه الثاني غيره؛ إلحاقًا لذلك بالغيبة البعيدة، ويأتي فيه الوجه الآخر المذكور هناك الذي اقتصر عليه في «التنبيه»، وهو بيع السلعة وتوفية الثمن من ثمنها، وبه صرح الماوردي[1] في المسافة المتوسطة عنده، وإن لم يذكره في الغيبة البعيدة عنده، فمجموع الأوجه التي تأتي هنا ثلاثة، كما هي في الغيبة البعيدة.

لكن الأصح هنا القول: بالحجر، كما يقوله ابن سريج، فهو والأصحاب هنا متفقون [على][2] الصحيح في القول بالحجر، لكنه يقول برد العين إلى البائع، وهم لا يقولون به فيما يظهر من كلامهم، بل يبقى في يد المشتري، فإنه قد سقط حق الحبس بالتسليم، ويؤيد ما قاله ابن سريج[3]: أن الزوج إذا سلم الصداق، فامتنعت من غير عذر، وقلنا: يجبر الزوج فإن له الاسترداد، قال الإمام: «وحاصل كلام ابن سريج يؤول إلى أنَّا إذا عرفنا غيبة المال، لم نوجب على البائع البدأة بالتسليم؛ إذ لا فائدة في التسليم والاسترداد»[4].

قلت: وهذا من الإمام بناءً على اختياره في أن حق الحبس للبائع لا يثبت مع القول بإجباره، وقد تقدم عن الأكثرين خلافه، وأن البائع لا يجبر على

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٩). (٢) مكرر في المخطوطة.

(٣) نقله عنه الإمام الجويني نهاية المطلب (٥/ ٣٧١)، ونقل عن الجويني ابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٣١٦)، والاسنوي في الهداية إلى أوهام الكفاية (٢٠/ ٣٧٢).

(٤) نهاية المطلب (٥/ ٣٧١).

التسليم عند غيبة المال، وإن لم يقولوا بما قاله ابن سريج هنا. والله أعلم.

نعم؛ قول ابن سريج يؤول مع ذلك إلى أن التسليم بالإجبار إذا تبيَّنا فوات شرطه لايبطل به حق الحبس، ويؤيده ما ذكرناه في استرداد الصداق، ويحتاج الأصحاب إلى الفرق؛ ولعله لأنه لا طريق لنا هناك غير الاسترداد.



قال:

وإن كان المشتري معسرًا ففيه وجهان:
أحدهما: تُباع السلعة، ويقضي دينه من ثمنها.
والمنصوص: أنه يرجع إلى عين ماله؛ لأنه تعذر الثمن بالإعسار، فثبت له الرجوع إلى عين ماله، كما لو أفلس بالثمن.



مراده بالنص قول الشافعي في «المختصر»[١]: فإن لم يكن له مال، فهذا مفلس، والبائع أحق بسلعته، وصاحب الوجه الأول يتأول ذلك على أن المراد أحق [٦٤/أ] بسلعته، فلا يجبر على تسليمها إلى المشتري، وهو تأويل بعيد يرده قوله في «الأم»: «فالسلعة عين مال البائع وجَدَه عند مُفْلِسٍ، فهو أحق به»[٢]، فهذا اللفظ صريح في أن العين في يد المشتري، فلذلك أطبق الجمهور على أن الصحيح الرجوع، ومنهم البغوي[٣] وكأنه جعل الإعسار عينًا بخلاف غيبة المال، حيث قال فيه بالبيع. وكذلك ابن سريج وافق على الفسخ ها هنا.

والمراد بالمعسر هنا: أن يكون له مال غير المبيع؛ لأن المفلس المحجور عليه لا يتردد معه في جواز الرجوع، وفي «التعليقة الكبرى» لأبي حامد، لما قسم المشتري إلى واجد، وغيره، قال: يريد بقولنا غير واجد: أنه محجور عليه بالفلس، وصاحب «البحر»[٤] تبعه على ذلك، وحكى الخلاف في

(١) مختصر المزني (٨/ ٢٠٠).
(٢) الأم (٥/ ١٠٦).
(٣) التهذيب (٣/ ٥١٢).
(٤) بحر المذهب (٥/ ٢٠).

المفلس المحجور عليه.

وكلام الشافعي والأصحاب يدل على أن المراد: من لا مال له غير المبيع ولا يشترط في هذا الفسخ [ذلك][(١)] حجر الحاكم، بل ينزل التعذر بالإعسار هنا منزلة التعذر بالحجر على المفلس، ثم وقد يطلب الفرق، ويقال: لم يوقف الفسخ هناك على الحجر، ولم يتوقف هنا؟ وجوابه ما يقدم من فرض المسألة فيما إذا سلم بإجبار الحاكم؛ وحينئذٍ يظهر الفرق، وإذا كنا نقول في حال غيبة المال بالفسخ، فلأن نقول به ها هنا أولى.

وذكر الأصحاب أنَّ من هنا تولد الخلاف في احتساب أعيان الأموال في المفلس.

وقيل: يتخرج على هذين الوجهين على الوجه الأول يحتسب، وعلى النص لا يحتسب.

وقيل: يحتسب قطعًا، والفرق أن المفلس مسلط على التصرف في المبيع؛ لأن البائع سلمه إليه باختياره ورضي بذمته، ولا كذلك هنا، فإنه غير متسلط على التصرف، وكذلك حجر عليه بعد القبض والتسليم، هكذا قاله القاضي أبو الطيب.

وفي كلام الشيخ أبي حامد[(٢)] شيء منه، وهو يدل على أن فرض المسألة فيما إذا أجبره الحاكم على التسليم دون ما إذا تبرع به بخلاف ما اقتضاه كلام الإمام والرافعي فيما تقدم[(٣)]، ويدل على أن المشتري غير متسلط على التصرف في المبيع قبل إنشاء الحاكم الحجر عليه؛ ليتحقق الفرق المذكور بينه وبين المفلس، وفيه كمال الاحتياط للبائع حتى لا يسبق المشتري بإعتاق

(١) هكذا في المخطوطة.
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٦).
(٣) انظر مراجعهم السابقة.

أو غيره من التصرفات قبل حجر القاضي إن وافق الأصحاب على ذلك.

فرع عبارة القاضي [أبي][1] الطيب والرافعي[2] وغيرهما[3] على الوجه الأول أنه يقضي من ثمنه حق البائع، وعبارة المصنف: دينه، فيحتمل أن يريد دين المشتري؛ لأنه أقرب مذكور، فنشأ لنا من ذلك مسألة وهي: ما إذا كان على المشتري دين آخر غير الثمن، هل يقدم البائع بحقه؛ لأن له تعلقًا بهذه العين في الجملة، أو يُخاصص كغيره من الديون، لم أر من صرح بذلك، وظاهر عبارة الرافعي وغيره يشهد للأول.

وظاهر عبارة المصنف ؒ [ب/٦٤] يشهد للثاني، إلا أن يريد دينه المعهود وهو الثمن، وهذه المسألة فَرْعٌ، على وجهٍ ضعيفٍ، فليس طلبه بالمهم.

فرع إذا هرب المشتري قبل قبض المبيع، فإن كان محجورًا عليه، فالبائع أحق بعين ماله، وإلا فإن كان له مال، وفى الحاكم الثمن منه. وإن لم يكن له مال؛ قال الشيخ أبو حامد والروياني[4]: باع الحاكم المبيع ووفى منه الثمن هكذا قال، وينبغي أن يكون هذا مفرعًا على الوجه الضعيف، وأنه على الأصح يرجع في عين ماله لما تقدم، وإن لم يكن محجورًا، ولا فرق بين أن تكون غيبته معروفة أو منقطعة.

ووافقنا أبو حنيفة في المنقطعة أنه يبيع عليه، وألزمه الشيخ أبو حامد بهذه المسألة في القضاء على الغائب.

---

(١) في المخطوطة: «أبو» وما أثبتناه، هو الصواب.

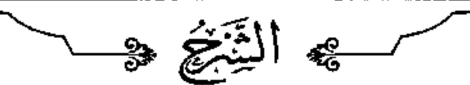
(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٧٣-٤٧٤).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٢٥).

(٤) بحر المذهب (٥/ ٢١).

قال:

> وإن كان الثمن معينًا، ففيه قولان: أحدهما: يجبران.
> والثاني: لا يجبر واحد منهما، ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع؛ لأن الثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين، والمنع من التصرف قبل القبض.



أشار المصنف في هذا التعليل إلى أنه لا نظر إلى تسميته ثمنًا من جهة كونه نقدًا أو مصحوبًا بـ«الباء»؛ لأن أحكامه وأحكام المبيع فيما ذكر سواء، فلا يمكن ترجيح أخذ العاقدين على الآخر؛ فلذلك سقط القول الثالث الذي هو الصحيح، وسقط - أيضًا - القول الرابع المخرج الذي لم يحكه المصنف، وهو إجبار المشتري، وكذلك قال أكثر الأصحاب ممن حكى الأقوال الثلاثة التي حكاها المصنف كالمحاملي وغيره.

وممن حكى الأقوال الأربعة كالقاضي حسين وغيره، وقال الرافعي: «أنه إذا كان الثمن معينًا يسقط القول الثالث، وهو في كلامه إجبار المشتري، وإن كان عرضًا؛ يعرض سقط الرابع - أيضًا - وهو إجبار البائع ويبقى قولان»[١]، فمقتضى كلامه أنه إذا كان الثمن نقدًا معينًا يجري فيه إجبار البائع ولا وجه لذلك، فإن استند إلى تسميته ثمنًا، لزمه في العرض إذا اتصلت به «الباء» فإنه يسمى ثمنًا، والحق أن التسمية لا اعتبار بها لما أشار المصنف واعتبره من المعنى، وأنه لا يأتي إلَّا قولان.

نعم؛ حكى الماوردي[٢] قولًا بـ«الباء» هو راجع إلى قول الإجبار على ما

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٤٦٥).
(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٦٥).

تقدم في أول المسألة؛ وهي أن الحاكم يأمرهما بالتسليم إلى عدل؛ ليسلم إليهما، وهذا ليس مخالفًا لما تقدم، وليس في المسألة إلَّا قولان: أنهما يجبران أو لا يجبران.

قال[1] الرافعي: «ويشبه أن يكون الأول أظهر معنى أنهما يجبران، وبه قال أحمد، وهو الذي أورده في «الشامل»[2]، واقتصر ابن أبي عصرون في «المرشد» على الثاني.

فرع بادر المشتري وسلم الثمن أجبر البائع على تسليم المبيع، فلو كان عبدًا وأبق، **وقلنا**: لا يبطل البيع، وهو الأصح، فليس للمشتري استرداد الثمن، لكن له الخيار بالإباق، فإن فسخ استرد، وإن أجاز ثم أراد الفسخ ⇑ [١/٦٥] فله ذلك.

وقيل: له الاسترداد من غير فسخ.

وقيل: إن أبق بعد التسليم، فليس له الاسترداد، وإن أبق قبله ولم يعلم استرد؛ لأنه تبين أن التسليم غير مستحق.

قال الغزالي: «ولو علم إباقه لم يلزمه التسليم قولًا واحدًا»[3]، ولو جحد البائع العين قبل القبض، فللمشتري الفسخ للتعذر.

* * *

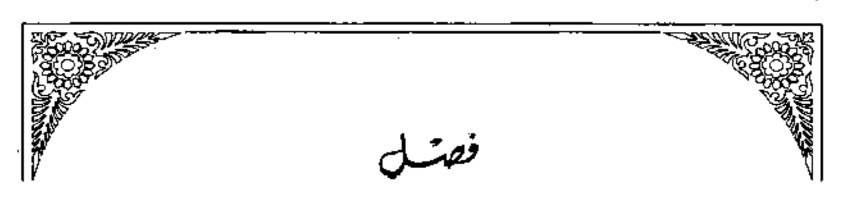
---

(١) كرر هنا في المخطوط لفظة: «قال» وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٦٦).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٧).

قال:



فصل

[دفع الثمن لتسليم المبيع]

وإن باع من رجل عينًا وأحضر المشتري نصف الثمن، ففيه وجهان:
أحدهما: لا يجبر البائع على تسليم شيء من المبيع؛ لأنه محبوس بدين، فلا يُسَلَّم][1] شيء منه بحضور بعض الدين كالرهن.
والثاني: أنه يجبر على تسليم نصف المبيع؛ لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر، وكل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن، فإذا سلم وجب تسليم ما في مقابلته، ويخالف الرهن والدين، فإن الرهن ليس بعوض من الدين، وإنما هو وثيقة به، فجاز له حبسه إلى أن يستوفيَ جميع الدين.



الشرح

هذا الفصل مبني على أن للبائع حق حبس المبيع إلى إحضار الثمن، الذي قطع به الأكثرون كما تقدم، فإذا أحضر المشتري بعض الثمن، فهل يدفع إليه بمقدار ما أحضر، وبحبس الباقي؟ أطلق المصنف والماوردي[2] والروياني وصاحب «البيان» حكاية الوجهين.

وذكر الماوردي أن ابن سريج حكاهما قولين[3]. قال الروياني: «وأراد

(١) في المخطوطة: «يلزم»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٧).
(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٧).

التخريج»[١]، يعني: أنهما مخرجان، وقال الروياني: إن المذهب عدم الإجبار[٢]. وجعل الإمام[٣] والغزالي[٤] والرافعي[٥] محل هذا الخلاف فيما ينقسم، وجزموا فيما لا ينقسم بأنه لا يجب، والأصح من الخلاف عندهم عدم الوجوب، واعتمد [الفارقي][٦] هذا التفصيل.

واعترض به على المصنف وقال: إنما يكون فيما يتجزأ كالصُّبرة والعبدين المتساويي القيمة، وفيما قاله في العبدين نظر، وممن اعتمد هذا التفصيل ابن أبي عصرون، لكنه رجح من الخلاف القول: بالإجبار، واستدل على أن ذلك لا يجري فيما لا يتجزأ كالعبد، بأنه إذا سلمه صار جميعه مقبوضًا للمشتري، فيفوت على البائع حق الحبس، وفي هذا الاستدلال نظر؛ لأنه قد يقال: يتسلمه الحاكم، فيستقر ملك المشتري فيه على النصف، ولا يفوت حق الحبس في الباقي، أو يسلمه البائع نصفه عن البيع ونصفه وديعة.

والأصح: أن حق الحبس لا يبطل بالإيداع، فالأقرب إطلاق الخلاف؛ كما فعله المصنف، والأقرب من الخلاف عدم الإجبار اعتبارًا بالرهن، ويجب أن يكون فرض المسألة فيما إذا كان الثمن في الذمة، أما الثمن المعين إذا أحضر نصفه؛ ينبغي ألَّا يجبر البائع على تسليم شيء قولًا واحدًا؛ لاحتمال أن يتلف النصف الباقي من الثمن في يد المشتري، فينفسخ العقد في مقابله، وقد سلم النصف الآخر فتتفرق عليه الصفقة، بخلاف ما في الذمة لا يتوقع فيه هذا المحذور.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٢٢).
(٢) بحر المذهب (٥/ ٢١).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٣٧١).
(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٨).
(٥) فتح العزيز (٨/ ٤٦٦).
(٦) في المخطوطة: «الفراقي».

قال:

وإن باع من اثنين عبدًا بثمن فأحضر أحدهما [٦٥/ب] نصف الثمن، وجب تسليم حصته إليه؛ لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن، فوجب تسليم ما في مقابلته من المبيع، كما لو اشترى عينًا، فأحضر ثمنها [والله أعلم][1].



هذا مبني على أن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، وهو الصحيح المشهور الذي جزم به كثيرون منهم المصنف؛ فلذلك جزم هنا بأنه يجب تسليم حصته إليه.

وممن جزم بذلك البغوي[2] مع ذكره الخلاف في تعدد الصفقة، لكن الرافعي قال: «إن حكمنا بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما، وإن [وفى][3] جميع ما عليه حتى [يوفي][4] الآخر؛ لثبوت حق الحبس للبائع»[5]، «وقاسه على المسألة السابقة إذا اتحد المشتري ووفر بعض الثمن»[6]، وقد علمت ما فيها.

فيحتمل أن يقال على قول الاتحاد بأنه يجيء ها هنا الخلاف السابق هناك.

ويحتمل أن يقال: هنا أولى؛ لأنه لا يلزم من قبض أحدهما سقوط حق الحبس في نصيب؛ كما علل به ابن أبي عصرون فيما تقدم، ولا يجيء هنا

---

(١) من المطبوع من المهذب.
(٢) التهذيب (٣/ ٥١٢-٥١٣).
(٣) جاءت في المخطوطة: «وفر»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٤) جاءت في المخطوطة: «يوفر»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٥) فتح العزيز (٨/ ٢٨٦).
(٦) فتح العزيز (٨/ ٢٨٦). بمعناه.

- أيضًا - بالتفصيل بين أن يكون مما يتجزأ أو لا لما ذكرناه.

قال البغوي(١) والروياني(٢): «وليس له أن يأخذ نصيب الغائب وإن أدى حصته من الثمن؛ لأنه لا ولاية له على الغائب»، وعن أبي حنيفة(٣): «أن له قبض نصيبه إذا وقع نصف الثمن، وقبض كله إذا دفع كل الثمن، ويرجع على شريكه، وبناه على أصله في أن الصفقة واحدة ولم يسمح أصحابنا بذلك، وإن حكم بعضهم باتحادها عالمًا أنه يشير به لرجلين، فإذا أخذ نصيب أحدهما؛ يجب عليه تسليم نصفه.

وهذا الذي قاله البغوي من الاحتمال؛ هو طريقة للقفال حكيناها في باب الرد بالعيب، فارقة بين علم البائع وجهله، لكنها مع قوله بالتعدد كما تقدم عنه هناك تقدم من نص الشافعي، ما يشهد للفرق بين العلم وعدمه، وهو يؤيد هذا الاحتمال، وإن كان البائع وكيل رجلين، فإذا أخذ نصيب أحدهما من الثمن يجب عليه تسليم النصف ذكره في «التهذيب» - أيضًا.

قال الرافعي: «وفيه كلامان **أحدهما**: أن العبد المشترك بين رجلين إذا باعاه، ففي انفراد بأخذ نصيبه من الثمن وجهان، فكان أخذ الوكيل لأحدهما [مبنيًّا](٤) على ثبوت الانفراد لو باعا بأنفسهما.

والثاني: إذا قلنا: الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد؛ فينبغي أن يكون تسليم النصف على الخلاف، فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن، هل عليه تسليم قسطه من المبيع؟»(٥).

قلت: ويخرج من ذلك أن الأصح: أنه لا يجب عليه تسليم النصف على

---

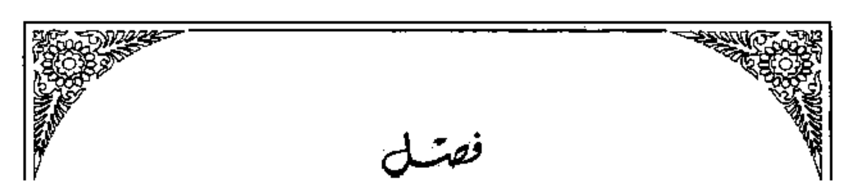
(١) التهذيب (٣/ ٥١٢). (٢) بحر المذهب (٥/ ٢١).
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٥٠)، المحيط البرهاني (٦/ ٢٢٧).
(٤) جاءت من في المخطوطة: «مبني»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٥) فتح العزيز (٨/ ٤٨٩-٤٩٢).

خلاف ما قال في «التهذيب»[١]؛ لأن الأصح: أنَّ الاعتبار بالعاقد، وأن البائع إذا أخذ بعض الثمن لا يجب عليه تسليم قسطه.



(١) التهذيب (٣/ ٥١٢).

قال:



فصل

[تلف المبيع قبل التسليم]

إذا تلف المبيع في يد البائع قبل [١/٦٦] التسليم لم يخل، إما أن يكون ثمرة، أو غيرها، فإن كان غير الثمرة نظرتَ: فإن كان تلفه بآفة سماوية انفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد، فانفسخ البيع كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض.



الشرح

الدليل المذكور استدل به الأصحاب، وهو مأخوذ من كلام الشافعي، فإنه قال في باب الربا: «وإذا كان متبايعا الذهب والوَرِق بأعيانهما إذا تفرقا قبل القبض؛ كانا في معنى من لم يبع دل على أن كل سلعة باعها، فهلكت قبل القبض فمن مَالِ بائعها؛ لأنه كان عليه تسليمها، فلمَّا هلكت لم يكن له أخذ ثمنها»[(١)].

وهو من أحسن الاستنباطات وأدقها؛ لأن التسليم الواجب عن البيع مفيد في الصرف بالمجلس ومطلق في غيره، فإذا كان قوامه بالتفرق في الصرف مبطلًا؛ فليكن فواته مطلقًا بالتلف مبطلًا.

قال الأصحاب: والتعذر في الصرف بالشرع، وفي التلف بالحبس، وهو

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٧٥). بتصرف يسير.

أقوى، ولا يرد على هذا إلا أن يمنع الخصم وجوب التسليم في غير الصرف، ويقول: الواجب التمكين فقط، ولا يلزم من إيجابه في الصرف إيجابه في غيره، فليتأمل الانفصال عن هذا الإيراد.

واستدل الأصحاب - أيضًا: بالقياس على انهدام الدار المستأجرة قبل استيفاء الإجارة، وعلى ما إذا اشترى قفيزًا من صبرة ثم تلفت الصبرة، فإنه يبطل العقد، هكذا ذكروه، وقد يجاب عن انهدام الدار: بأنه تبين عدم المنافع المستقبلة، وأنها غير صالحة لورود العقد عليها وعن تلف الصبرة: بأن التسليم هناك واجب؛ ليتميز القفيز المبيع عن غيره.

واستدل الأصحاب - أيضًا: بأن الفرق قد ثبت بين المقبوض وغير المقبوض قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾، فلم يوجب رد ما قبض وأبطل ما لم يقبض؛ ولذلك يقول في عقود المشركين: إذا تقابضوا أمضيت مع فسادها دون ما إذا ترافعوا إلينا قبل قبضها، وقد يقال: لا يلزم من الفرق بينهما في ذلك الفرق بينهما في غيره؛ حتى يكون بأحديهما واحدًا ولم يحقق.

وممن وافقنا على القول بالانفساخ[1] شريح، والشعبي، وابن شبرمة، والثوري، وربيعة في المشهور عنه، وأبو حنيفة، وصاحباه[2] إلا في العقار.

وخالف في ذلك عبد الله بن عمر، وإبراهيم النخعي، ومحمد بن سيرين، والأوزاعي، ومالك[3]، وأحمد[4]، وإسحاق، وأبو ثور، وابن

---

(١) انظر: الحاوي (٥/ ٢٠٥)، البيان (٥/ ٣٨٧)، فتح العزيز (٩/ ١٠٢)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٩).

(٣) انظر: التمهيد (٢/ ١٩٦)، الذخيرة (٥/ ٢١٦)، التاج والإكليل (٤/ ٥٠٥)، مواهب الجليل (٦/ ٤٦١)، الفواكه الدواني (٣/ ١٢٠٥).

(٤) انظر: شرح الزركشي (٢/ ٥٠)، المبدع (٤/ ٦٢)، الإنصاف (٥/ ٥٩)، كشاف القناع (٣/ ٢٨٦).

المنذر وغيرهم.

فمنهم من خالف مطلقًا وقال: إنه من ضمان المشتري، وهو ابن عمر والأوزاعي وربيعة في رواية وأبو ثور وابن المنذر.

وأما مالك[١] وأحمد[٢] وإسحاق فاختلف النقل عنهم، فقيل: بالمخالفة مطلقًا كأبي ثور. وقيل: فيما بيع جزافًا دون المقدر. وقيل: [٦٦/ب] عن مالك بالفرق بين المنقول وغيره. وقيل: غير ذلك عنه ويد البائع عندهم يد أمانة.

وأما النخعي وابن سيرين، فقالا: إن بذلها البائع للمشتري. فامتنع لم يبطل البيع بتلفها، وإن لم يبذلها حتى هلكت بطل البيع، وهذا ليس فيه مخالفة؛ لأن من الأصحاب من يوافق على ذلك، إذا وضع البائع المبيع بين يدي المشتري.

ونقل القاضي حسين والروياني عن بعض العلماء: «أن يد البائع يد ضمان بالقيمة لا بالثمن»[٣].

واحتج المخالفون في ذلك بأمور منه قوله ﷺ: **«الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ»**[٤]. والخراج للمشتري فليكن الضمان عليه.

وأجاب الأصحاب: بأنه جعل الخراج بيعًا للضمان، ولا يلزم من العكس، وهو كون الضمان تابعًا للخراج، كما يقصده الخصم، وبأنه ورد على سبب بعد القبض في الرد بالعيب، فلا يشمل غيره وكلا الجوابين فيه

---

(١) انظر مصادر المالكية السابقة

(٢) انظر مصادر الحنابلة السابقة.

(٣) بحر المذهب (٤/ ٤٤٤).

(٤) أخرجه أحمد (٦/ ٤٩)، وأبو داود (٣٥١٠)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٦٠٣٧)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وابن عدي (٦/ ٤٤٤)؛ وضعفه البخاري. انظر «علل الترمذي الكبير» (١/ ١٩١).

نظر.

أما الثاني: فلأن العبرة بعموم اللفظ، **وأما الأول**: فلأنه إذا كان الخراج تابعًا للضمان بالحديث؛ لزم إذا كان الضمان على البائع أن يكون الخراج، وإنما ينفصل عن هذا بأن اللام في الخراج للعهد وهو في مردود بالعيب؛ أي: الخراج المعهود بالضمان، فإن أخذنا بالمفهوم اقتضى: أنه إذا رد أو تلف قبل القبض يكون الخراج للبائع، وهو أحد الوجهين عندنا، وعلى الأصح تقول: استحقاق الخراج بعد القبض معلل بعلتين الضمان والملك، وقبله بالملك فقط.

وأما كون الخراج مطلقًا وإن لم يحصل تلف تابعًا للضمان فلم يقتضه الحديث، وقد تقدم ذلك في باب الرد بالعيب.

واحتجوا - أيضًا: بأن إعتاق المشتري قبل القبض نافذ، وادعى ابن المنذر[1] أنهم أجمعوا عليه.

وأجاب القاضي أبو الطيب: بأن أصحابنا اختلفوا فيه، فقال ابن سريج: هو مبنيٌّ على عتق «الراهن»؛ لأنه محبوس في حق غيره، ونقل في موضعٍ آخرَ عن ابن خيران: «أنه لا ينفذ مطلقًا».

ومن أصحابنا من قال: ينفذ؛ لأنه إتلاف، فكأنه قبضه وأتلفه، وحكى المصنف الخلاف في باب ما نهي عنه من بيع الغَرَرِ، لكن هذا الخلاف في المذهب مصادم لما نقله ابن المنذر من الإجماع، فينبغي أن يثبت فيه لئلا يكون هذا تخريجًا مذهبيًّا مستوفًا بإجماع، أو لعل قَبْلَ ابن المنذر خلافًا لم يطلع عليه.

وهذا كله إذا كان قد وفر الثمن إما قبله فهو كعتق المرهون، وإما جعله

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ٨١).

إتلافًا فهو يشكل على إلحاقه بالصرف، فإن التفرق فيه مبطل مطلقًا، وإن كان منهما وجعل الإتلاف قبضًا يحتاج إلى دليل.

قال ابن المنذر: «وقد ثبت أن ابن عمر، قال: ما أدركت الصفقة حيًّا مجموعًا فمن المشتري، وقال: هذا يلزم من موجب تقليد الواحد من أصحاب رسول الله ﷺ، ولا نعلم لابن [٦٧/أ] عمر مخالفًا»[(١)].

واستأنس أصحابنا - أيضًا - بالنهي عن بيع ما لم يقبض، وبقوله: «**إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ**[(٢)] **يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟**»[(٣)]، فمنع من المطالبة بالثمن؛ لتلف الثمرة قبل القبض، وذلك بينة على كل مبيع تلف قبل القبض، وقد يقال: إن ذلك لكون الثمرة قبل بدوِّ الصلاح غير صالحة للقبض، وفي «المجمل» لابن فارس في اللغة: «الاعتقاب في البيع: أن تأبى تسليم المبيع حتى تقبض الثمن، فإن تلف عندك، فأنت الضامن له. قال: وفي الحديث: «**المُعْتَقِب ضامِنٌ لما اعْتَقَبَ**»»[(٤)].

وأما فرق أبي حنيفة بين العقار وغيره فلا معنى له، فإن التخلية في العقار كالقبض وغيره.

التفريع:

إذا انفسخ العقد انقلب الملك في المبيع إلى البائع، وفي الثمن إلى المشتري، وهل يقدر ذلك قبيل التلف، أو يرتفع العقد من أصله، فيه وجهان؛ خرجهما ابن سريج، أصحهما وهو اختياره، واختيار ابن الحداد: لا يرتفع من أصله كما في الرد بالعيب، وإلحاق الشافعي والأصحاب له

(١) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ٨٠).

(٢) في المخطوطة: «فلم»، والتصحيح من مصدر الحديث.

(٣) أخرجه البخاري (٢١٩٨)، ومسلم (١٥٥٥).

(٤) مجمل اللغة (ص: ٦١٩).

بالصرف يقتضي ارتفاعه من أصله لا سيما قوله: «كانا في معنى من لم يبع».

وقال في موضع آخر: «وكان كمن لا بيع بينه وبينه».

قال الإمام: «وإذا قلنا بهذا، فحقيقته أنَّا نتبين بالأخرة أن لا عقد»[١]، وعلى الوجهين تتخرج الزوائد الحادثة في يد البائع من اللبن والبيض والكسب وغيرها، والأصح: أنها للمشتري، ويتصرف فيها، وتكون أمانة في يد البائع ولو هلكت، والأصل بَاقٍ بحاله فلا خيار، وليس للبائع حبسها.

«وفي معنى الزوائد: الرِّكاز الذي يجده العبد، وما وهب منه فقبله وقبضه، وما وصى له به فقبله»[٢] هكذا قاله الرافعي.

وقد تقدم في باب الرد بالعيب من قال: إن ذلك للمشتري جزمًا، وعلى الوجهين إذا كان عبدًا مؤنة تجهيزه ودفنه على البائع، ولو أبرأ المشتري البائع من ضمان المبيع قبل القبض؛ لم يبرأ في أصح القولين، وحكم العقد لا يتغير.



ذكر القاضي حسين في انفساخ العقد بتلف المبيع معنيين:

أحدهما: أنه تعذر عليه تسليم المبيع إلى المشتري.

والثاني: لوقوع اليأس عن تسليم المبيع إلى المشتري، وبنى على المعنيين الخلاف في اختلاط الثمار.

ومسائل أخر منها: إذا باع ذرة فوقعت قبل القبض في البحر انفسخ للمعنيين، وإن وقعت في واد؛ فوجهان.

ولو باع عصفورًا فاختلط بعصافير أو حنطة فانثالت على أخرى، ففيهما وجهان على المعنيين، ولو أبق العبد لم ينفسخ على الصحيح.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ١٩٩). بتصرف يسير.

(٢) فتح العزيز (٨/ ٣٩٩).

وقال أبو يعقوب: «ينفسخ ويمكن تخريجه على المعنيين، وكذا لو نهبه التركمان[1] أو غاروا عليه».

وذكر غير القاضي في معنى التلف، أن يكون أرضًا فتغرق أو تقع عليها صخرة لا يمكن رفعها، أو حيوانًا لم يألف الذهاب والإياب، كالطير والصيد المتوحش فيطير أو ينفلت، أو جامدًا فيقع فيما لا [٧/٦٧ب] يمكن استخراجه منه، وفي عزق الأرض ووقوع الصخرة عليها وجه: أنه لا ينفسخ، بل يثبت الخيار.

وفي انقلاب العصير خمرًا قولان؛ **أصحهما**: أنه كالتلف، فإن قلنا: لا يبطل فللمشتري الخيار، فإن لم ينفسخ فصار خلًّا في يد البائع وسلم الخل ورضيه صحَّ، وإن سلمه خمرًا؛ فالقبض فاسد، وإن تخلل في يد المشتري فهل يلزمه الثمن؟ فيه وجهان مبنيان على من غصب خمرًا أو تخلل في يده، إن قلنا: لا يرده فها هنا الخل للمشتري باليد، وسقط حكم العقد، ودعوى العبد المبيع الحرية قبل القبض إذا قبل قوله فيها وحكم بعتقه.

قال ابن الرفعة: «كالتلف فيما يظنه، ولو كان ذلك بعد القبض».

قال القاضي حسين: «لم يرجع المشتري على البائع بالثمن؛ لأنه مفرط بعدم السؤال عند الشراء، يقول له: أنت عبد أم لا؟ فلو انتزع من يده بالبينة رجع بالثمن؛ لأن الحجة قوية تبطل كل يد، واليمين حجة معتقة لا تبطل اليد»؛ هكذا قال.

فرع

في انفساخ البيع بتلف المبيع، بين أن يكون الثمن قد قبض أو لا فلو باع عبدًا بثوب، وقبض الثوب، وباعه، ثم تلف العبد في يده؛ انفسخ البيع في العبد.

---

(١) في المخطوطة: «نهبت التركماني»، والمثبت من «المجموع» (١١/ ٤٧٦).

وهل ينفسخ الثاني؟ وجهان:

أصحهما: لا بناء على أنه يرتفع من حينه؛ فعلى هذا يلزمه قيمة الثوب كما لو كان تالفًا، ولو أنه لما باع الثوب لم يسلمه حتى تلف العبد والثوب معًا في يده؛ انفسخ البيع الأول في العبد خاصة وعليه قيمته، وانفسخ الثاني في الثوب فيبقى له، ويرد الثمن إن كان قد أخذه، ولو باع عبدًا بشقص وقبض الشقص أخذه الشفيع بالشفعة بقيمة العبد، فإذا تلف العبد قبل القبض بطل البيع فيه، ولا يبطل في الشقص على الأصح، فيجب عليه قيمته، ولو باع عبدًا بجارية؛ وقبض الجارية وحصل منها زوائد، ثم تلف العبد انفسخ العقد، وكان عليه رد الجارية وتسلم الزوائد له؛ لأن الانفساخ من حينه.

ومقتضى الوجه الصائر إلى أن الانفساخ من أصله أن يرد الزوائد، وإن كان الملك قد استقر بمعنى جواز التصرف فيها.



«ادعى البائع هلاك المبيع عنده وأنكر المشتري، فالصحيح قبول قوله، وفيه وجه كالغاصب»[1] حكاه الروياني.

فرع ادعى صاحب أن انفساخ البيع بتلف المبيع قبل القبض، سواء كان البائع قد عرضه على المشتري فلم يقبل أو لا، وهذا ليس على إطلاقه، ومراده: إذا كان مستمرًا في يد البائع، أما لو أحضره ووضعه بين يدي المشتري فامتنع فأصحُّ الوجهين عند الرافعي[2] وغيره: أن ذلك يحصل القبض به، ويخرج من ضمان البائع.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٠٤). باختصار.

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٠١).

والغزالي حكى الوجهين في موضع، وقال في موضع: «إن المشتري إذا امتنع ولم يقبض؛ فتلف في يد البائع فهو من ضمانه»(١).

وصور ابن الرفعة ذلك بما إذا كان المبيع في مكان لا يختص بأحدهما، وكان العقد صدر فيه، فطالب البائع المشتري [١/٦٨] بنقله فامتنع وزعم: أن هذا لا خلاف فيه.

ثم قال: والرافعي حكى [عن](٢) السرخسي روايةً وجهين، فيما إذا عرض الزوج الصداق على المرأة؛ فلم تقبله، هل يصير أمانة في يده أم لا؟ قال: والصحيح لا؛ كما لو عرض البائع المبيع على المشتري فلم يقبضه.

قال ابن الرفعة: «وهذا يدل على أن مجرد عرض المبيع، والامتناع من قبضه لا يُصيِّره أمانة بلا خلاف، بخلاف الصداق على وجه، ولعله في الصداق مفرع على ضمان اليد»(٣).

وقد تقدم في الفصل السابق كلام، وأن كلامهم هناك يحتمل أن يكون محمولًا على ما إذا لم يحصل وضع بين يديه، بل عرض فقط، وبه يجتمع مع ما قاله الرافعي. ويحتمل أن يبقى على إطلاقه، ويكون ذلك مخالفًا لما صححه الرافعي(٤)، ولا يغني في الجواب هذا التصوير، الذي ذكره ابن الرفعة للضرورة المذكورة هناك.

فرع تلف المبيع بعد القبض في زمان الخيار، ذكره المصنف في أول البيوع، وذكرته أنه في باب الرد بالعيب، فلو أن المشتري أودعه عند البائع، فتلف في زمان الخيار، فهو كما لو تلف في يد المشتري،

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة يقتضيها السياق.

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٧). بتصرف يسير.

(٣) كرر هنا كلمة «اليد» وهي زيادة بدون فائدة.

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٠١).

فتجري فيه الطرق التي ذكرتها هناك، وللإمام[١] احتمال في رجوع البائع بالقيمة إذا قلنا: الملك له من حيث أن العين المملوكة إذا عادت إلى يد صاحبها وتلفت في يده يظهر أن يقال: لا ضمان على المشتري.



(١) نهاية المطلب (٥/ ٣٦٢).

قال:

وإن كان المبيع عبدًا فذهبت يده بآكلة، فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك، فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن، وإن اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن؛ لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء، فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن.



إما رده؛ فلأن ذلك عيب حدث قبل القبض، وإما إمساكه بجميع؛ فلما ذكر ولا خلاف في ذلك، وقد سلكوا باليد في الآفة السماوية مسلك الوصف قطعًا؛ وإن كانوا ترددوا فيما إذا كان تلفها بجناية، كما سيأتي.

وقد تقدم في باب الرد بالعيب أن في كلام الشافعي ما يقتضي أن العيب الحادث بعد انقضاء الخيار لا أثر له، وعن «مختصر البويطي»[١] في الثوب حكاية قول أنه يأخذه ويسقط عنه ما نقص بحصته من الثمن، ولكن كلام الأصحاب كلهم مخالف لذلك، وفي معنى ذهاب اليد: كل نقص يحدث كالعمى والشلل، ولا أرش له مع القدرة على الفسخ.



(١) مختصر البويطي (ص: ٧٣٤).

قال:

وإن أتلفه أجنبي؛ ففيه قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ البيع؛ لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع، كما لو تلف بآفة سماوية.

والثاني: أن المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن وبين أن [يقر البيع][(١)] ويرجع على الأجنبي بالقيمة؛ لأن القيمة عوض عن المبيع، فقامت مقامه في القبض.

الشرح

القولان أطبق العراقيون على حكايتهما، وحكوا - أيضًا - عن ابن سريج طريقة قاطعة بعدم الانفساخ، وهي طريقة المراوزة [٦٨/ب] على ما حكاه الإمام[(٢)] وعكس الغزالي[(٣)]، فحكى عن المراوزة قولين، وعن العراقيين: القطع بالمنع واستدرك ذلك عليه، وطريقة العراقيين أظهر عند الرافعي[(٤)]، والأصح منها عنده، وعند البغوي[(٥)] والإمام[(٦)]: عدم الانفساخ، وبه قال أبو حنيفة[(٧)]، وأحمد[(٨)]، ونص الشافعي عليه في كتاب الصلح نصًّا لا

(١) في المخطوطة: «يجبر»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٩٩)

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٤).

(٤) فتح العزيز (٨/ ٣٢٠).

(٥) التهذيب (٣/ ٣٩٥).

(٦) نهاية المطلب (٥/ ١٩٩)

(٧) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٨)، البحر الرائق (٦/ ١٥).

(٨) انظر: شرح الزركشي (٢/ ٥٥)، المبدع (٤/ ١٢ - ١٣)، الإنصاف (٤/ ٣٣٥).

يحتمل التأويل، وكذلك في «البويطي»[(١)]، والأصح عند القاضي أبي الطيب: الانفساخ.

وقال في «التتمة»: أنه ظاهر المذهب، ومستندهم نص الشافعي[(٢)] أنه إذا أكرى داره سنة فغصبت لا كراء؛ لأنه لم يسلم له ما أكراه، وهذا قياس إلحاقه بالصرف، فإن عوض الصرف لو أتلفه أجنبي لم يقم بدله مقامه يعتقده، وإن لم أر فيه نقلًا، فإن التقابض لم يوجد.

وقد تعرض بعض الأصحاب للفرق بين غصب العين المستأجرة وإتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض، ومحل الكلام عليه كتاب الإجارة، والظاهر أنه: لا فرق في غصب العين المستأجرة بين أن يكون بعد القبض أو قبله، ومما ينبه عليه هنا لينظر فيه هنا أن المستأجر هل يخاصم أو لا؟ فإذا قلنا: لا يخاصم كان كالتلف؛ لتعذر وصوله إليه، بخلاف إتلاف الأجنبي المبيع، فإن له أن يدعي عليه بقيمته، ويبعد كل البعد إن يقال: أن المنافع بالغصب تبين عدم صحة العقد فيها، فإن كلام الأصحاب ينافي ذلك، والدليل - أيضًا - ينافيه.

التفريع:

إن قلنا بالانفساخ، صار كالتلف في جميع أحكامه السابقة، ويغرم الأجنبي القيمة للبائع، وإن قلنا بالأصح ثبت الخيار للمشتري؛ لأن فوات العين وإن انتقل الحق إلى القيمة عيب، فإن اختار الفسخ استرد الثمن إن كان أقبضه، وغرم الأجنبي القيمة للبائع.

ومقتضى هذا القول: أن المبيع تلف على ملك المشتري إذا جعلنا الرد بالعيب رافعًا للعقد من حينه، وتكون القيمة وجبت للمشتري، ثم انتقلت

(١) مختصر البويطي (ص: ٧٣٥).
(٢) الأم (٤/ ١٩).

بالفسخ إلى البائع، وإذا كان عبدًا، والحالة هذه فموته تجهيزه ودفنه على المشتري على الأصح، ولم أر ذلك منقولًا، لكنه يقتضي التفريع.

وإن اختار الإجارة رجع على الأجنبي بالقيمة، فلو اختار الفسخ بعد ذلك؛ فوجهان، قال القفال: «له ذلك».

وقال القاضي حسين: «لا»؛ لأنه رضي بذمة الأجنبي فأشبه الحوالة، وحيث قلنا ببقاء العقد فهل للبائع حبس القيمة كما كان له حبس العين؟ فيه وجهان حكاهما الإمام[١] وغيره:

أحدهما: نعم كالرهن، وبه جزم القاضي حسين.

وأصحهما: لا؛ لأن حق الحبس لم يثبت مقصودًا بعقد، بل بطريق التبعية؛ ولهذا لو أتلفه المشتري لا يلزمه بدل القيمة؛ لتصير محبوسة بخلاف الرهن؛ فعلى هذا ليس للبائع المطالبة بها، وعلى الأول: له المطالبة بها، قاله الإمام[٢]، والقاضي حسين، زاد القاضي: كما للمشتري مطالبته ⇑ [١/٦٩] كما للراهن والمرتهن.

قلت: والأصح أن المطالبة في بدل الرهن للراهن لا للمرتهن، وقياسه هنا ألَّا يملك البائع المطالبة على الأصح، وإن قلنا: له حبسها، بل يطالب بها المشتري ثم يأخذها البائع، وإذا تلفت في يده بآفة سماوية، هل ينفسخ البيع؛ لأنها بدل عن المبيع أو لأنها ليست منيعة؟ فيه وجهان: أصحهما الثاني؛ وعلى هذا، هل يكون من ضمان البائع حتى يغرمها للمشتري أو لا؟ قال بعض الشارحين من عند نفسه: الظاهر الأول معني؛ لأنه من الأجنبي لغرض نفسه، أما إذا قلنا بالمذهب؛ أنه ليس له حبسها، فقبضها المشتري وأعطاها له يوثقه عن الثمن، فذلك رهن في الحقيقة، فلا يضمن.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٠٠).

(٢) المصدر السابق.

فرع هذا كله إذا أتلفه بغير حق، فإن أتلفه بحق؛ كما إذا قُتِلَ المبيع قصاصًا، فإنه كالآفة السماوية وجهًا واحدًا، وإن جُنِي عليه بإذن المشتري كان كجناية المشتري نفسه قاله صاحب «التتمة»؛ لأنه يكون وكيلًا في القبض.



قال:

وإن كان عبدًا فقطع الأجنبي يده فهو بالخيار بين أن يفسخ [البيع][١] ويرجع بالثمن، وبين أن يجيزه ويرجع على [الجاني][٢] بنصف قيمته.



ثبوت الخيار لا خلاف فيه؛ لأن اليد وصف قد فات، ورجوعه على الجاني بنصف القيمة هو الصحيح.

ولنا قول آخر: أنه يرجع عليه بما نقص من القيمة بالقطع، وهم قولان جاريان في خراج العبد مطلقًا.

قال الماوردي: «وإنما يطالبه إذا قبض العبد أما قبله فَلَا؛ لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع»؛ فيجب الأرش للبائع.

قال ابن الرفعة: «ويظهر أن هذا تفريع على أن التلف قبل القبض يرفع العقد من أصله»[٣] فليتأمل.

فرع كان القاطع ابن المشتري [فمات المشتري][٤] قبل أن يختار، وانتقل الإرث إلى الابن القاطع، هل له الخيار لِحق الإرث؟ فيه احتمالان للروياني[٥]، فإن صح أن له الخيار فأجاز لم يغرم شيئًا؛ لأنه لا يجب له على نفسه، وإن فسخ كان عليه ما على الأجنبي.

---

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) زيادة لا بد منها أثبتناها من المهذب.

(٣) كفاية النبيه (١٠/ ٣١٦). بتصريف يسير.

(٤) ما بين المعقوفين زيادة من كتاب «أسنى المطالب في شرح روض المطالب» (٢م ٨٢).

(٥) بحر المذهب (٤/ ٥٤٤).

قال:

وإن أتلفه البائع ففيه طريقان، قال أبو العباس: فيه قولان كالأجنبي. وقال أكثر أصحابنا: ينفسخ البيع قولًا واحدًا؛ لأنه لا يمكنه الرجوع على البائع بالقيمة؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فلا يجوز أن يكون مضمونًا عليه بالقيمة بخلاف الأجنبي، فإن المبيع غير مضمون عليه بالثمن، فجاز أن يضمنه بالقيمة.



الطريقان مشهوران للعراقيين، وهما قولان للمراوزة في أنه ينزل إتلاف البائع منزلة الأجنبي، أو كالآفة السماوية، ومن ذلك تخرج طريقة قاطعة بعدم الانفساخ كما هي طريقة المراوزة في الأجنبي، **فيحصل في البائع ثلاث طرق:**

إحداها: عدم الانفساخ قطعًا، كالأجنبي على الطريقة القاطعة، كما ذلك مقتضى [٦٩/ب] كلام الإمام(١) والغزالي(٢).

والثانية: قولان كالأجنبي على طريقة القولين.

والثالثة: القطع بالانفساخ كالآفة.

وجواب أبي العباس، وهو ابن سريج هنا بالقولين، وإلحاقه بالأجنبي إما أن يكون على طريقة القولين في الأجنبي، والطريقة التي اقتصر عليها المصنف وغيره، فيكون إلحاق ابن سريج البائع بالأجنبي؛ تفريعًا على طريقة غيره، وإما أن يكون تشبهه بالأجنبي من كلام المصنف لا من كلام

(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٠٥).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٦).

ابن سريج؛ لأن طريقة ابن سريج في الأجنبي القطع بعدم الانفساخ، فيكون البائع مترددًا عنده بين الأجنبي وبين الآفة، وعل هذا يخرج من كلامه - أيضًا - الطريقة القاطعة بعدم الانفساخ التي هو يقول بها في الأجنبي.

إذا عُرف ذلك فقد قال الرافعي: «إن طريقة القولين أظهر»[1]، والأصح من القولين: الانفساخ ونسبه إلى معظم الأصحاب، وفي «الوجيز»[2] أن الأصح: إلحاقه بالأجنبي.

وقال الرافعي: «إنه جواب على طريقة القولين»[3]، ومقتضى ذلك أن يكون الأصح عند الغزالي: عدم الانفساخ، والذي قاله المصنف: أن أكثر الأصحاب على القطع بالانفساخ، واستدلوا للانفساخ بأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن، وبهذا قال أبو حنيفة واستدلوا لمقابله بأنه جنى على ملك غيره.

التفريع:

إن قلنا بالانفساخ فعلى ما تقدم، وإن قلنا: لا تنفسخ ثبت الخيار؛ لفوات العين، سواء أكان متقوِّمًا أم مثليًّا، فإن فسخ فعلى ما تقدم، وإن أجاز أدى الثمن وغرم البائع القيمة له.

وقد يقع في ذلك أقوال النقاض هكذا أطلقوه، وينبغي أن يحمل على ما إذا كان متقوِّمًا، ولا يأتي فيه الخلاف في المقبوض بالبيع الفاسد، وهل للبائع حبس القيمة؟ فيه الخلاف المتقدم.

وعن الشيخ أبي محمد: القطع بأنه لا حبس ها هنا؛ لتعديه بإتلاف

(١) فتح العزيز (٨/ ٣٢١).
(٢) الوجيز (ص:١٤٦).
(٣) فتح العزيز (٨/ ٣٢١).

العين، فمقتضى هذا القطع بأن المشتري يطالبه بها قبل وفاء الثمن، والإمام[١] في آخر باب اختلاف المتبايعين بيّن المطالبة بها على البدأة، فإن قلنا: البدأة بالبائع طولب بها، وإن قلنا: البدأة بالمشتري لم يطالب حتى ينقد الثمن، وهو عكس ما قاله الشيخ أبو محمد، فإن مقتضاه الجزم بأن له حبسها لأخذ الثمن.

ولو باع شقصًا من عبد، وأعتق ما فيه قبل القبض، وهو موسر عتق كله وانفسخ البيع وسقط الثمن، إن جعلنا إتلاف البائع كالآفة، وإن جعلنا كالأجنبي فللمشتري الخيار وإتلاف الأعمى والصبي الذي لا يميز بأمر البائع والمشتري، كإتلافهما وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي.

وقد تقدم عن «التتمة» إطلاق القول بأن الجناية بإذن المشتري كجناية المشتري، ولعل الجمع بينهما أن ما يسوغ الإذن فيه يكون لجناية المشتري وما لا [١/٧٠] فلا إذا صدر من المميز.

وذكر القاضي حسين: «أنه لو أذن المشتري للبائع في الأكل والإحراق ففعل كان التلف من ضمان البائع»؛ لعدم استقرار الملك بخلاف الغاصب، وكذلك قال صاحب «التتمة»، وعلله بأن البائع لا يصلح أن يكون وكيلًا للمشتري في القبض فكأن جنايته خلت عن الإذن.

قال ابن الرفعة: «إلا إذا جوزنا اتحاد القابض والمقبض، فيجوز أن يجعل من ضمان المشتري، وفي «فتاوى القفال» أن إتلاف عبد البائع، كإتلاف الأجنبي، وإتلاف[٢] بهيمة المشتري بالنهار ينفسخ البيع به، وبالليل لا ينفسخ بل يثبت الخيار، فإن فسخ طالبه البائع بقيمته وما أتلفت بهيمته، وإتلاف بهيمة البائع كالآفة، قيل له: هلّا فرق بين بهيمته بين الليل والنهار

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٠٠).

(٢) وردت في المخطوطة: «الإتلاف»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

كما في بهيمة المشتري؟ فقال: هذا موضع التردي.

قال ابن الرفعة: «لأن إتلاف البائع عنده كالآفة، فإن كان ذلك بتفريط، فهو إتلاف، وإلا فإلحاقه بالآفة أولى، وإما بهيمة؛ فبالليل هو مفرط، ولذلك ضمَّنه القيمة، فلذلك لم ينفسخ، وبالنهار البائع مفرط؛ فانفسخ؛ لأن جنايته كالآفة»، وهذا قوله: هذا موضع التردي؛ أي: يروي الفقيه في تدبر الفرق لا أنه أشكل عليه حتى يحتاج إلى تدبره.

قال: وهذا إذا لم يكن مالكها معها، فإن كان معها، فالتلف منسوب إليه ليلًا كان أو نهارًا»[1]، وما قاله لا بد منه، وعليه يدل كلام الأصحاب وكلام الإمام[2] في كتاب الغصب، حيث ذكر إذا اشترى حمارًا بشعير فأكل الحمار الشعير، ولو طالبه المشتري بتسليمه، فامتنع تعديًا ثم تلف كان كإتلافه إقامة ليد العدوان مقام الإتلاف قاله القاضي حسين، وللإمام فيه احتمال؛ لأن الإتلاف لم يوجد واليد يد عقد؛ ولهذا لا يتصرف المشتري والحالة هذه فتغليب ضمان العقد أولى.

وذكر الرافعي[3] ذلك عند الكلام في مسألة العلج[4]، ولم يزد عليه، ولو باع البائع المبيع وسلمه وعجز عنه فكجنايته قاله القاضي حسين، والقول قوله في العجز مع اليمين كذا في الرافعي، فإن نكل حلف المدعي أنه قادر وحبس إلى أن يسلم، أو يقيم البينة على عجزه، فإن ادعى المشتري الأول على الثاني العلم بالحال، فأنكر حلفه؛ فإن نكل حلف هو وأخذه منه.

---

(١) كفاية النبيه (٨/ ٤٣٨) بمعناه.

(٢) نهاية المطلب (٧/ ٢٩٧).

(٣) فتح العزيز ط العلمية (١١/ ٤٦٩).

(٤) قال الرافعي في فتح العزيز ط العلمية (١١/ ٤٦٨-٤٦٩): العلج: الكافر الغليظ الشديد، سمي به؛ لأنه يدفع بقوته عن نفسه، ومنه سمي العلاج علاجًا لدفعه الداء، والمعالجة: المجالدة.

وفي «الإشراف»: أن البائع إذا ادعى حدوث العجز حبس حتى يقيم البينة، فإن ادعى على المشتري علمه بعدم القدرة أو بحدوث العجز.

قال ابن العاص: «يحلف على البت لا ينفي وجوب تسليم المبيع إليه».

وقال غيره من أصحابنا: يحلف على نفي العلم، ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع فللبائع الاسترداد، **وإذا ثبت له الاسترداد فأتلفه في يد المشتري عن رواية صاحب «التقريب»**:

أحدهما: عليه القيمة ولا خيار للمشتري؛ لاستقرار العقد بالقبض، وإن كان ظالمًا ⇑ [٧٠/ب] فيه.

والثاني: يجعله مستردًّا بالإتلاف، كما أن المشتري قابض بالإتلاف، فعلى هذا ينفسخ البيع أو يثبت الخيار للمشتري.

قال الإمام الظاهر: «أي؛ أنه يثبت الخيار»(١).

قلت: وقياس هذا القول أنه ينفسخ؛ لأن إتلاف البائع كالآفة وهو احتمال الإمام، ولعله إنما ذكر أن الظاهر ثبوت الخيار بناء على طريقة المراوزة في إتلاف البائع، والذي يجيء على الصحيح من المذهب وأنه كإتلاف البائع: أنه ينفسخ البيع، «ولو جحد البائع العين قبل القبض فللمشتري الفسخ؛ لحصول التعذر»(٢) قاله الرافعي.



(١) نهاية المطلب (٥/ ٢٠٣).
(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٠٦).

قال:

وإن كان عبدًا فقطع البائع يده ففيه وجهان، قال أبو العباس: المبتاع بالخيار إن شاء فسخ البيع ورجع بالثمن، وإن شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة.

وقال أكثر أصحابنا: هو بالخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازه ولا شيء [له](١).



قول أكثر الأصحاب مفرع على قولهم، فيما تقدم أن جناية البائع كالآفة السماوية، وقول أبي العباس مفرع على أنها كجناية الأجنبي، فيعود فيها القولان: في أنه هل يرجع على البائع بنصف القيمة أو بما نقص كما تقدم؟ والخيار لا خلاف فيه، ولو قطع اليدين فَمَنْ أوجب نصف القيمة في اليد أوجب هنا كمال القيمة، وإن قطع اليدين والرجلين وفرعنا على ذلك، فقيمتان إن وجد قطعهما معًا وإلا فقيمة عبد سليم وقيمة عبد مقطوع.

ولو استعمل البائع المبيع قبل القبض؛ فلا أجرة عليه إن جعلنا إتلافه كالآفة السماوية، وإن جعلناه كإتلاف الأجنبي فللمشتري الخيار، فإن أجاز وجبت الأجرة هكذا قاله الأكثرون، ومنهم الغزالي(٢) في كتاب الصداق.

وقال في «الفتاوى»: «إن الصحيح أنه يضمن الأجرة إذا أمسك المبيع بعد تسليم الثمن مدة لمثلها أجرة».

ومقتضى ذلك أن نقول به عند الانتفاع من طريق الأولى، وهذا جار على

---

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) الوسيط في المذهب (٤/ ٢٦).

ما صححه في «الوجيز»[1]: أن جناية البائع كالأجنبي، وإذا أزال البائع بكارة الجارية فعلى الأصح لا عزم عليه، وعلى جعله كالأجنبي إن كان بالأصبع وجب الأرش، وإن كان بالوطء وجب المهر.



(١) الوجيز (ص: ١٤٦).

قال:

وإن أتلفه المشتري استقر عليه الثمن؛ لأن الإتلاف كالقبض؛ ولهذا لو أعتقه جعل إعتاقه كالقبض؛ فكذلك إذا أتلفه.



هذا هو المذهب والاحتجاج له بالعتق مفرع على المشهور في صحة عتقه، وقد تقدم نقل ابن المنذر الإجماع عليه[١]، وخلاف ابن سريج وابن خيران فيه.

واستدلوا له أيضًا: بما إذا أتلف المغصوب منه المال المغصوب في يد الغاصب؛ فإنه يبرأ الغاصب من ضمانه.

وعن الشيخ أبي علي وغيره حكاية وجه: أن إتلافه ليس بقبض وليس كالعتق الذي تشوَّف الشرع إليه، ولا كالمغصوب الذي الملك فيه مستقر، **وعلى هذا فوجهان**:

أصحهما: وهو الذي أورده الرافعي[٢] أن عليه القيمة للبائع، ويستردُّ الثمن [أ/٧١] ويكون التلف من ضمان البائع ينفسخ العقد به.

والثاني: حكاه الإمام[٣] في باب الرهن، والحميل في البيع عن صاحب «التقريب» أن القيمة تجعل محبوسة كما لو أتلف الراهن المرهون، يعني: ولا ينفسخ البيع، بل إذا أدى الثمن ترجع القيمة إليه، وجميع ما تقدم إذا كان المشتري عالمًا، فإن كان جاهلًا بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى

---

(١) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ٨١).

(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٠٠).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٨٨).

المشتري فأكله، فهل يُجعل قابضًا؟

قال القاضي حسين: فيه وجهان تفريعًا على القولين؟ «فيما إذا قدم الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلًا هل يبرأ الغاصب؟ فإن لم يجعله [قابضًا][١] فهو كما لو أتلفه البائع»، ولو كان عبدًا وارتد في يد البائع فقتله المشتري، فإن كان هو الإمام، أو مأذونه، وقصد قتله حدًّا؛ لم يجعله قابضًا، وينفسخ البيع، وإن كان غير الإمام استقر العقد سواء أقصد القتل عن الردة أم لا؛ لأنه لا يجوز له ذلك بخلاف الإمام.

ولو صال العبد المبيع على المشتري في يد البائع فقتله دفعًا، فعن الشيخ أبي علي: أنه لا يستقر الثمن عليه، وهو يوافق ما حكاه الرافعي في قتل المغصوب منه العبد، المغصوب عند صياله عليه؛ سواء علم المالك أنه عبده أو لا.

وعن القاضي: أنه يستقر؛ لأنه أتلفه في غرض نفسه، ولعل هذا فيما إذا علم أنه المبيع، ولو قتله المشتري قصاصًا.

قال ابن الرفعة: «يظهر أنه كالأجنبي، فيكون كالآفة، ولكون الحق له خالف قاتل المرتد، وإتلاف عبد المشتري أو البائع بغير الإذن كإتلاف الأجنبي»[٢] هكذا قيده ابن الرفعة بغير الإذن.

قال: «فإن أجاز وكان المتلف عبده جُعِل قابضًا كما لو أتلفه بنفسه»[٣] ثم أَبْدَا نظرًا في أن إتلاف عبد المشتري كإتلاف الأجنبي؛ لاستحالة أن تثبت القيمة في ذمته لسيده، واستحالة ملك البائع الأرش مع كون العقد لم ينفسخ، واستحالة كون الإتلاف لا يوجب القيمة، فتعين أن يقال بانفساخ العقد كما لو كان المتلف حربيًّا، لا يمكن إيجاب القيمة عليه.

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة اقتضاها السياق من كتاب «فتح العزيز» (٨/ ٤٠٠).

(٢) كفاية النبيه (٨/ ٤٣٨). بمعناه. (٣) كفاية النبيه (٨/ ٤٣٨). بتصريف يسير.

وكذلك لا يمكن أن يقال: تعلقت القيمة للسيد برقبة العبد، إلا إذا قلنا بمذهب ابن سُريج في العبد المرهون، إذا جنى على عبد غير المرهون وكلاهما للراهن أن للسيد فك الرهن، فلا يبعد جعل جناية عبد المشتري كجناية الأجنبي، وإتلاف بهيمة المشتري تقدم، ولو كان الثمن علفًا فأكلته الدابة المبيعة، فإن كان بعد التقابض، فلا خيار أو بعد قبض الدابة فقط.

فمن ضمان المشتري كما يقتضيه جواب القفال أو بعد قبض العلف فقط، فمن ضمان البائع أو قبل قبضهما انفسخ العقد إلَّا أن يكون البائع مع الدابة، فيكون إتلافها كإتلافه لكونها في يده، ويصير بذلك قابضًا للعلف، كما ذكره الإمام في كتاب الغصب.

فرع من تصرفات المشتري التي تصح وتعد قبضًا كالعتق الوقف، فإن رفع البائع يده عنه زال [٧١/ب] ضمانه، وإلَّا صار مضمونًا عليه بالقيمة كذا قاله الماوردي[١] وبناه المتولي على افتقاره إلى القبول، فإن قلنا: نعم فكالبيع، وإلَّا فكالعتق.

قال الماوردي: وكذلك إباحة الطعام للفقراء والمساكين إذا كان اشتراه جزافًا[٢].

قلت: مراده إذا اتصل ذلك بقبض الفقراء والمساكين، قال: وفي معنى هذا كل استهلال من جهة المشتري مباح أو غير مباح، وعُدَّ مع الوقف الصدقة، ومراده: إذا اتصلت بالقبض، وينبغي أن يكون ذلك إذا جرى بإذن البائع، أو حيث لم يبق له حق الحبس، أو كان كذلك ولكن تلف في يد

---

(١) نقله عنه الرافعي في فتح العزيز (٨/ ٤١٧)، والنووي في روضة الطالبين (٣/ ٥٠٨)، وابن الرفعة في كفاية النبيه (٩/ ٢٨).

(٢) انظر المصادر السابقة.

المتصدق عليه، وتلف الطعام في يد الفقراء والمساكين، وتكون يدهم نائبة عن يد المشتري، وأما [بدو][1] في ذلك، فلا يزول الضمان والاستيلاد كالعتق فلا نزاع.



(١) رسمت هكذا في المخطوطة.

قال:

فإن كان عبدًا فقطع يده، لم يجز له أن يفسخ؛ لأنه نقص بفعله؛ فإن اندمل وتلف في يد البائع، رجع البائع على المشتري بأرش النقص، فتقوم مع اليد، ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن، ولا يرجع بما نقص من القيمة؛ لأن [المبيع][(١)] مضمون على المشتري بالثمن، فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة.

الشَّرْحُ

امتناع الفسخ لكون المشتري هو المعيب ظاهر، بل يمتنع بسببه الرد بسائر العيوب القديمة، وكان ذلك [منزلًا][(٢)] منزلة الاستيفاء، وبذلك فارق حب المرأة ذكر زوجها [. . .][(٣)] المستأجر الدار المستأجرة، حيث يثبت لهما الخيار.

وقال الرافعي: «إن قياس مَن لا يجعل إتلاف المشتري قبضًا أن يكون لهما الخيار»[(٤)]؛ وإطلاق الغزالي في «الوسيط»[(٥)] يقتضيه، فإنه أطلق ثبوت الخيار فيما إذا نقصت صفة بالتعييب.

والأقرب أنه ما أراد هذا الإطلاق، وكيف ما [قُدِّرَ][(٦)] فالمعروف في المذهب أن لا خيار للمشتري بتعييبه، **ثم بعد ذلك له ثلاثة أحوال:**

الأولى: أن يتسلمه المشتري، فالعقد مستقر ولا إشكال.

---

(١) في المخطوطة: «المنع»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) في المخطوطة: «ينزل» والصواب ما أثبتناه. (٣) هنا بياض بقدر كلمة.

(٤) فتح العزيز (٨/ ٤١٠). (٥) الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٥).

(٦) في المخطوطة: «قد»، والمثبت هو الأوفق للصواب.

الثانية: أن يتلف بتلك الجناية في يد البائع فكذلك، ويجعل كأن المشتري قبضه؛ لأن التلف منسوب إليه، وإتلافه قبض على الصحيح.

الحالة الثالثة التي ذكرها المصنف: أن يندمل ويتلف في يد البائع بآفة سماوية، فالبيع ينفسخ بالتلف، ويلزم المشتري ضمان اليد، **وبماذا يضمنها؟ فيه أربعة أوجه**:

أصحها[1]: ما ذكره المصنف، وبه قال ابن سريج، وابن الحداد، والقفال، والقاضي حسين، والبغوي[2]، أنه يقوّم العبد صحيحًا، فيقال مثلًا: ثلاثون، ثم مقطوعًا، فيقال: خمسة عشر، فعرفنا أن التفاوت النصف، فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة، وهو نصف الثمن، ولو قوم مقطوعًا بعشرين، فعليه ثلثا الثمن.

والثاني: ويُحْكَى عن القاضي أبي الطيب: أنه يستقر من الثمن بنسبة أرش اليد من ⇑ [٧٢/أ] القيمة وهو النصف، وعلى هذا لو قطع يديه واندملتا ثم مات العبد في يد البائع؛ وجب على المشتري تمام الثمن، ولا يرجع على البائع بشيء واستبعد الإمام هذا، وقال: «إنه يستحيل أن يجعل المشتري قابضًا لجميع المبيع بقطع يدي العبد»[3].

وهذان الوجهان مفرعان على أن المشتري بجنايته قد جعل قابضًا البعض المبيع، واستقر عليه ضمانه بجزء من الثمن، كما يضمن الكل بالقيمة، وفي معياره الوجهان المذكوران.

والثالث: يضمنها بالأرش المقدر وهو نصف القيمة كالأجنبي، واستبعده الإمام[4] بأن إتلاف المشتري قبض وليس بجناية.

---

(١) في المخطوطة: «أصحهما»، والصواب ما أثبتناه.
(٢) التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٥٥).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ٢٠٤). باختصار.
(٤) المصدر السابق.

والتقدير من خواص الجناية؛ ولذلك لا يُقدر به طرف العبد إذا سقط في يد الغاصب بآفة سماوية.

والرابع: بما نقص من القيمة، وهذا الوجه هو الذي أشار المصنف إلى دفعه بقوله: ولا يرجع بما نقص من القيمة.

وهذان الوجهان حكاهما في «الحاوي»[١]، وعلل الرابع بأنه مالك، وهما يحتمل أن يكونا مفرعين على أن إتلاف المشتري ليس بقبض.

ولذلك قال الرافعي لما حكى الوجهين الأولين: إن هذا كله مفرع على المذهب الصحيح، وهو أن إتلاف المشتري قبض، وعلى الوجه المنسوب إلى رواية الشيخ لا يجعل قابضًا لشيء من العبد، وعليه ضمان اليد بأرشها المقدر، وهو نصف القيمة كالأجنبي، ويحتمل ألَّا يكونا مفرعين على ذلك، وهو الأظهر؛ لأن الماوردي[٢] جازم بأن إتلاف المشتري قبض، ومع ذلك اقتصر على إيرادهما.

ولعل الثالث مفرع على أن العقد بالفسخ قد ارتفع من أصله، والرابع أيضًا يحتمل ذلك، ويكون على القديم في أن الجناية على العبد لا تتقدر، لكن الماوردي علله بأنه مالك، فيكون تفريعًا على الجديد، لكن لم يوجب المقدر؛ لأنه مالك كما ذكر.

وقضية ذلك: أن يكون الوجه المذكور مفرعًا على أن الفسخ من حينه، وأن إتلاف المشتري ليس بقبض.

وهذا شرح ما يتعلق بهذا المكان، ثم بعد ذلك يذكر ما قاله المصنف في باب الرد بالعيب: إن الأرش الذي يرده المشتري إذا كسر ما لا يوقف على عينه إلَّا بكسره هو ما نقص من القيمة، وما قلنا فيه هناك من الفرق بين

---

(١) الحاوي الكبير (٧/ ١٤٢).

(٢) المصدر السابق.

المسألتين.

وما قاله ابن الرفعة من حمل هذه المسألة على الأجزاء أو حمل تلك على الأوصاف، فإنه إن صح ذلك أفادنا هنا معرفة صورة المسألة من قطع اليد وما يشبهه من الأجزاء التي أجريت في غير الأوصاف لا من الأوصاف المحضة.

وما قاله ابن أبي الدم هناك من الفرق، فإنه يقتضي أن الأجزاء، والأوصاف سواء، وما ذكرناه فليتأمل.

والذي أقوله الآن: إن كل ما يفوته المشتري في مسألتنا هذه بجنايته يضمنه بجزء من الثمن، ولا فرق فيه بين الجزء والوصف، وأرش البكارة كالجزء، لكن لا يأتي فيه المقدر كاليد، وإنما يأتي فيه ثلاثة أوجه.

قال الماوردي: «ولا يجب عليه المهر؛ لأنه من كسبها، [٧٢/ب] ⇑ والكسب للمشتري، والبكارة زال ملك المشتري عنها»[١].

قلت: وهذا على ما قدمناه في باب الرد بالعيب أن الكسب للمشتري، ثم محل ذلك إذا كان حين الوطء يد البائع عليها، أما الوطء مع رفع يد البائع؛ فهو قبض، قاله الماوردي في مكان آخر.

فرع

هذا كله فيما لا يتقسط عليه الثمن، فإن كان مما يتقسط الثمن عليه إما بالقيمة كأحد العبدين، وإما بالأجزاء كأحد الصاعين من المكيل والموزون المتماثلين، فإنه إذا أتلفه المشتري جعل قابضًا له، فإذا تلف الباقي في يد البائع انفسخ العقد فيه، ولم ينفسخ في الذي أتلفه المشتري على أصح الطريقين، بل يستقر بقسطه من الثمن ليس إلَّا، ولا

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٢٢٦). بتصرف يسير.

يجيء فيه الخلاف المتقدم.

واعلم أن اليد ونحوها لا يتقسط الثمن عليها قطعًا؛ ولذلك تعدُّ في الأوصاف، وإن كانت واحدًا لعبدين [ولصاعين][١] يتقسط الثمن عليه قطعًا، وسقف الدار هل هو كأحد العبدين أو كاليد؟! [فيه][٢] وجهان؛ أصحهما: الأول، وهذه القاعدة ينتفع بها هنا، وفي كل مكان حصل التلف بآفة سماوية أو بغيرها.

وحكى الرافعي «عن بعض المتأخرين فيما إذا احترق من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها، ولم يبق إلَّا الأطراف ينفسخ في الكل، ويجعل فوات البعض في مثل ذلك كفوات الكل»[٣].

فرع لو اشترك المشتري والبائع في قتل العبد المبيع قبل القبض لزم البيع في نصفه، وأما النصف الباقي فإن قلنا: جناية البائع كالآفة؛ بطل فيه ورجع المشتري عليه بنصف الثمن، ولا خيار له في فسخ ما قد لزم؛ لفوات رده، **وإن قلنا: جناية البائع لجناية الأجنبي، فقولان:**

أحدهما: كذلك.

والثاني: يكون للمشتري الخيار في فسخ البيع واسترجاع نصف الثمن أو إمضاء البيع فيه وأخذ نصف القيمة.



(١) في المخطوطة: «والصاعين»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) في المخطوطة: «في»، والصواب ما أثبتناه.

(٣) فتح العزيز (٨/ ٤١٣).

قال:

وإن كان المبيع ثمرة، فإن كانت على الأرض، فهي كغير الثمرة وقد بيناه، وإن كانت على [الشجر][١] نظرت، فإن تلفت قبل التخلية، فهي كغير الثمرة إذا هلكت قبل القبض وقد بيناه.



هذان الحكمان لا خلاف فيهما.



(١) في المخطوطة: «الشجرة»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

قال:

وإن تلفت بعد التخلية، ففيه قولان:
أحدهما: أنها تتلف من ضمان المشتري؛ لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف، فدخل [به][1] في ضمانه، كالنقل فيما ينقل.
والثاني: أنها تتلف من ضمان البائع؛ لما روى جابر رضي الله عنه؛ أن النبي ﷺ قال: «إِنْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ [ثَمَرًا][2]، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا، لِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيك بِغَيْرِ حَقٍّ». وروى جابر رضي الله عنه أيضًا أن النبي ﷺ «أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ».

الشرح

الحديث الأول رواه مسلم[3] من حديث ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر، وفي رواية: «فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا». رواه البيهقي[4] من طريق [١/٧٣] ابن وهب، والحديث الثاني رواه مسلم[5] من حديث سفيان بن عيينة، عن حميد الأعرج، عن سليمان بن عتيق، عن جابر.

وقد روى سفيان أيضًا عن أبي الزبير عن جابر عن النبي ﷺ: «أَنَّهُ وَضَعَ الْجَوَائِحَ». رواه الحاكم في «المستدرك»[6]، وقال: على شرط مسلم.

والاحتجاج بهما للقول الثاني وهو الذي نص عليه في القديم[7]، ونسب

---

(١) ليست في المطبوع من المهذب. (٢) في المطبوع من المهذب: «تمرًا».
(٣) مسلم (١٥٥٤)، وأبو داود (٣٤٧٢)، والنسائي (٤٥٢٧، ٤٥٢٨)، وابن ماجه (٢٢١٩).
(٤) (٥/ ٣٠٦) (برقم: ١٠٤١٢).
(٥) مسلم (١٥٥٤). وأخرج نحوه الشافعي (٥٢١)، وأحمد (٣/ ٣٠٩)، وأبو داود (٣٣٧٦).
(٦) (٢/ ٤٧) (برقم: ٢٢٧٤).
(٧) انظر: الحاوي (٥/ ٢٠٥)، البيان (٥/ ٣٨٧)، فتح العزيز (٩/ ١٠٢)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٢).

أيضًا إلى الصرف من الجديد، وبه قال أبو عبيد وأحمد على الصحيح من مذهبه، وإسحاق وجماعة من أهل الحديث قالوا: يجب وضع الجوائح.

والقول الأول الذي نص عليه الشافعي في الجديد[١] في «الأم»: وفي الصرف، وبه قال أبو حنيفة[٢]، وهو قول عمرو بن دينار من التابعين، والليث بن سعد، وسفيان الثوري، وداود، وجمهور السلف، ورُوِيَ ذلك عن عثمان بن عفان، وسعد بن أبي وقاص، وقيل: إنه لا يصح غير ذلك عن أحد من الصحابة.

وقال الأصحاب: إن الشافعي رجع عن الثاني؛ ولأجل ذلك الصحيح الأول.

والجواب عن الحديثين: أما حديث وضع الجوائح الذي رواه سليمان بن عتيق، فقد تكلم الشافعي عليه في «الأم»[٣]، فإنه سمعه من سفيان أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنين، وأمر بوضع الجوائح، ومسلم رحمه الله رواه مقطعًا في «صحيحه»؛ بيع السنين في موضع، ووضع الجوائح في موضع آخر.

قال الشافعي في «الأم» في باب الجائحة في الثمرة: «سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرًا في طول مجالستي له لا أحصي ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه: «**أمر بوضع الجوائح**»، لا يزيد على أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ» - ثُمَّ زَادَ بَعْدَ ذَلِكَ: «وَأَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ».

قال الشافعي: «قال سفيان: وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلامًا قبل

---

(١) انظر: الحاوي (٥/ ٢٠٥)، البيان (٥/ ٣٨٧)، فتح العزيز (٩/ ١٠٢)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٢).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٩).

(٣) الأم (٣/ ٥٧).

وضع الجوائح لا أحفظه، فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح؛ لأني لا أدري كيف كان الكلام، وفي الحديث أمر بوضع الجوائح.

وذكر الشافعي رواية سفيان عن أبي الزبير أيضًا، وذكر الشافعي «حديث مالك عن عمرة أنها قالت: ابتاع رجل ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فعالجه، وأقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل رب الحائط أن يضع عنه، فحلف ألَّا يفعل، فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ، فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: «**تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا**»، فسمع بذلك رب المال، فأتى إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله! هو له.

قال الشافعي: قال سفيان في حديثه عن جابر عن النبي ﷺ في وضع الجوائح ما حكيت، فقد يجوز أن يكون الكلام الذي لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدلُّ على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلح على النصف، وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعًا حضًّا على الخير لا حتمًا، وما أشبه ذلك، ويجوز غيره، فلما [٧٣/ب] احتمل المعنيين، ولم يكن فيه دلالة على أنهما أولى به لم يجز عندنا أن نحكم - والله أعلم - على الناس بوضع ما وجب لهم بلا خبر عن رسول الله ﷺ يثبت بوضعه.

وحديث مالك عن عمرة مرسل وأهل الحديث، ونحن لا نثبت مرسلًا.

ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه - والله أعلم - دلالة على ألَّا توضع الجائحة لقولها، قال رسول الله ﷺ: «**تَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا**»، ولو الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف»[1]. هذا كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ولا مزيد على حسنه.

فإن قلت: كيف يترك المحقق بالمشكوك فيه، والأمر بوضع الجوائح محقق، وكون الكلام الذي سقط دافعًا لظاهره مشكوك فيه.

---

(١) الأم (٣/ ٥٧).

قلت: الشك في الكلام الساقط بطرق الشك إلى المراد بالكلام الموجود، كما إذا خص العام بمجمل، بل هنا أولى؛ لأنه لم يثبت لنا لفظ النبي ﷺ فيه، ثم مع الاحتمال المذكور يتمسك ما يدل على عدم وضع الجوائح، ويجمع بينه وبين هذا الخبر إن أمكن الجمع.

وأما الحديث الآخر، وهو قوله ﷺ: «**لَوْ بِعْتَ مِنْ أَخِيكَ ثَمَرًا، فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ، فَلَا يَحِلُّ لَكَ أَنْ تَأْخُذَ مِنْهُ**»[١].

وفي رواية: «**مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا**». فإنه صريح، لكن أبدى البيهقي[٢] فيه احتمالًا أن يكون «[واردًا]»[٣] في البيع قبل بدو الصلاح، وما قاله محتمل، وهذا الاحتمال وإن كان مخالفًا لما يقتضيه إطلاق اللفظ، لكن يوجب المصير إليه الحديث الذي هو حجة القول الجديد.

وقال البيهقي[٤]: إنه أصح ما يحتج به له، وهو ما رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري، قال: أُصِيبَ رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «**تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ**»، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «**خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ**»[٥]، ولو كانت الجائحة من ضمان البائع لأسقط النبي ﷺ الديون التي لحقته من ثمن الثمار التالفة، فقد دل هذا الحديث على أن الجائحة لا توضع، ودل حديث جابر على الأمر بوضعها،

---

(١) أخرجه مسلم (١٥٥٤)، وأبو داود (٣٤٧٢)، والنسائي (٤٥٢٧، ٤٥٢٨)، وابن ماجه (٢٢١٩).

(٢) السنن الكبرى (٥/ ٣٠٦).

(٣) في المخطوطة: «وارادا»، والصواب ما أثبتناه.

(٤) السنن الكبرى (٥/ ٣٠٦).

(٥) صحيح مسلم (١٥٥٦).

فيجب الجمع بينهما بأن يحمل [الأمر][١] على ما قبل بدو الصلاح، وعدم الوضع على ما بعده.

قال ابن حزم: «وقد وجدنا بيان ذلك في حديثين: حديث أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يُزهي، قال: **«أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَ أَخِيكَ؟!»**.

وحديث جابر: [أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ][٢] «نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ»، فصح بهذين الخبرين أن الجوائح التي أمر رسول الله ﷺ بوضعها هي التي تصيب ما بيع من الثمر سنين، وقبل أن يُزهي، والجائحة التي لم [٧٤/أ] يسقطها وألزم المشتري مصيبها، وأخرجه من جميع ماله بها: هي التي تصيب الثمر المبيع بعد ظهور الطيب فيه وجواز بيعه»[٣]، وهذا جمع حسن، وهو منقول عن أبي إسحاق المروزي، ويشهد له جمع النهي عن بيع السنين، والأمر بوضع الجوائح في حديث واحد، ويكون وضع الجوائح لإبطال البيع من أصله في بيع السنين، وقيل: الزهو، فإن منع السنين هو أن يبيع الثمرة سنين فيكون بيع ما لم يخلق، ولعلهم لما كانوا يتبايعون تلك البياعات، ونهى النبي ﷺ عنها؛ وضع الجوائح التي حصلت في تلك الثمار المبيعة قبل نهيه ﷺ بيانًا لبطلانها، فهذا أولى من تعطيل حديث أبي سعيد المذكور.

والشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»[٤] ذكر من حجة القائلين بعدم وضع الجوائح حديث أنس المذكور، وشبهه من الأحاديث المانعة من بيع الثمرة حتى تنجو من العاهة، ثم قال: «ولو ثبت الحديث في وضع الجائحة لم يكن في

---

(١) في المخطوطة: «الوضع»، وما أثبتناه من هامش المخطوط.

(٢) مكرر في المخطوطة.

(٣) المحلى بالآثار (٧/ ٢٨٠، ٢٨١).

(٤) الأم (٣/ ٥٧).

هذا حجة»[1]، وأمضى الحديث على وجهه.

وقال في موضع آخر: «وهذا مما أستخير الله فيه»[2]، ولعل مراد الشافعي بانتفاء الحجة عن الحديث المذكور لو ثبت الأمر بوضع الجوائح أن الحديث المذكور يكون المراد به حينئذٍ أن الثمار يلحقها العاهة كثيرًا قبل بدو الصلاح؛ فلذلك نهى عنها للعلة المتوقعة غالبًا أو كثيرًا، فإذا وصلت إلى حالة الصلاح صار لحوق العاهة لها نادرًا، فصح بيعها، ولا يمتنع مع ذلك أنها إذا تلفت بجائحة ينفسخ البيع، وإن كان موقع هذه الجائحة لم يعتبر في المنع من البيع؛ لندرتها بعد الصلاح؛ فلهذا والله أعلم قال ذلك، لكن ولو ثبت فخبر أبي سعيد معارض له، فيجب الجمع بينهما.

والشافعي رضي الله عنه لم يذكر حديث أبي سعيد فيما وقفت عليه من «الأم».

وقال الماوردي: «إنه رواه عن يحيى بن حسان»[3]، فقد ظهر أنه عمدة القول الجديد.

والجواب: عن حجة القديم بالجمع المتقدم أو بحمله على الاستحباب، والغزالي رحمه الله وجماعة من الأصحاب لما رأوا توهين الشافعي بحجة القديم جعلوا مأخذ الخلاف بين القديم والجديد راجعًا إلى المعنى، وإن جعلها من ضمان البائع مستند إلى أنه بقي عليه علقة متعلقة بالمبيع بدليل أنه يجب عليه السقي لتنمية الثمار وترتيبها، فكأنه في عهدة التسليم إلى القطاف، فكانت من ضمانه، وإن ملك المشتري التصرف فيه، كما في الدار المستأجرة بعد التخلية يملك المستأجر التصرف فيها، ولو تلفت انفسخت الإجارة، وجعلوا حجة الجديد تسلط المشتري على التصرف.

---

(١) الأم (٣/ ٥٨).

(٢) الأم (٣/ ٥٨).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٢٠٧).

وقال القاضي حسين: قيل: إن حقيقة الخلاف تتلقى من أصل، وهو أن قبض الثمرة إذا بيعت على رؤوس الأشجار هل تحصل [٧٤/ب] بالتخلية أولًا؟ وفيه قولان، قال في القديم: لا يحصل[١]، ولا بد فيه من النقل؛ لأنه منقول.

وقال في الجديد: تحصل بالتخلية[٢]، وهذا الذي قاله القاضي غريب، ووافقه عليه ابن الصباغ، فحكى القولين في أن قبض الثمرة هل تحصل بالتخلية؟ فقال: إنه على القديم: لا تكون مقبوضة، وعلى الجديد: التخلية قبض وهي من ضمان المشتري. وقيل: من ضمان البائع، وهذا يقتضي أنه لا يجوز للمشتري التصرف على القديم وهو غريب.

وقال الإمام: إنه لا خلاف في جواز التصرف[٣]، ونص الشافعي على أنه يجوز للبائع شراؤها بعد القبض والتفرق، فهذا يلغي القول بأنها غير مقبوضة.

وأما ما لَحَظُوهُ من المعنى حجة القديم فقد ألقاه الشافعي في «الأم»، وقال: «لو ضرب إلى وضع الجائحة ما كانت الحجة فيها إلا اتباع الخبر لو ثبت، ولا أقول قياسًا على الدار إذا تكاراها»[٤].

وفرق الشافعي بين الثمرة والدار، بأن الثمرة عين تقبض ويقدر المشتري أن يأخذها كلها من ساعته، وإنما يتركها اختيارًا ليبلغ غاية نصحها، ومنافع الدار ليست بعين، فلا تقبض إلا شيئًا فشيئًا، فهذا الكلام من الشافعي يلغي ذلك المعنى، إلا أن يقال: إن هذا الكلام في الجديد، وجاز أن يكون كأن يتركه في القديم ما يخالف ذلك.

---

(١) انظر: الحاوي (٥/ ٢٠٥)، البيان (٥/ ٣٨٧)، فتح العزيز (٩/ ١٠٢)، روضة الطالبين (٣/ ٥٦٢)، كفاية النبيه (٩/ ٢٠٨).

(٢) انظر: مصادر الشافعية السابقة.

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٥٩) بمعناه.

(٤) الأم (٣/ ٥٧).

وعمدة الأصحاب: أن التخلية كافية في التسلط على التصرف، فكانت قبضًا، وأجاب بعض الأصحاب عن وجوب السقي بأنا لا نسلم وجوبه على الجديد، كما حكاه القاضي حسين وجهًا، ولئن سلمنا على ما قاله الجمهور فلأن العقد لمَّا اقتضى ذلك ينزل منزلة بعض المبيع، وتأخير تسليم بعض المبيع لا يمنع من تسليم باقيه.

وبما ذكرناه نأخذ خلافًا قدمناه في باب بيع الأصول والثمار في أن اليد لِمَن بعد التخلية على ثلاثة أوجه، إن وضعنا الجائحة، فاليد للبائع وإلا ولم يوجب السقي، فهي للمشتري، وإن أوجبنا السقي فلهما.

وقال مالك[1]: الجائحة التي توضع عن المشتري الثلث فصاعدًا، ولا يوضع أقل من الثلث، ويكون ذلك من مال المشتري، وذكروا في ذلك عن النبي ﷺ وعثمان، وعلي، وسهل بن أبي حَثْمَةَ، وجماعة كثيرة من فقهاء التابعين آثارًا لا يصح شيء منها، وحُكي عن مالك مع ذلك أنه يضع في النقول كل شيء أصابته الجائحة قل أو كثر.

قال الشافعي: «ولو يكن سفيان وَهَّن حديثه بما وصفت وتثبت السنة بوضع الجوائح، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه»[2].

فرع هذا كله إذا كانت الجائحة بآفة سماوية، قال الشافعي في «الأم»: «وجماع الجوائح: كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمي»[3].

---

(١) انظر: المدونة (٣/ ٥٨٦)، التمهيد (٢/ ١٩٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ١٨٧)، مواهب الجليل (٦/ ٤٦٣).

(٢) الأم (٣/ ٥٧).

(٣) الأم (٣/ ٥٨).

وقال في موضع آخر في باب الجائحة: «والجائحة من المصائب كلها كانت من السماء أو من الآدميين»[١].

[١/٧٥] وقد روى البيهقي[٢] من طريق أبي داود بسنده عن عطاء ⌂ قال: «الْجَوَائِحُ: كُلُّ ظَاهِرٍ مُفْسِدٍ مِنْ مَطَرٍ أَوْ بَرَدٍ أَوْ جَرَادٍ أَوْ رِيحٍ أَوْ حَرِيقٍ».

قال العبدري من أصحابنا: وكذا الباز، والطير الغالب، والسموم، وانقطاع ماء العيون.

قال المتولي: والزنابير، والسيل، والحر.

أما إذا كان تلف الثمرة بعد التخلية بجناية أجنبي كسرقة أو غصب أو نهب.

فإن قلنا: لا يبطل البيع بالجائحة السماوية، فها هنا أولى.

وإن قلنا: يبطل، فها هنا قولان: قاله الماوردي[٣] والقاضي حسين وغيرهما، **ومن ذلك تخرج طريقان:**

إحداهما: القطع بأنها من ضمان المشتري وهي طريقة الشيخ أبي حامد.

والثانية: تخريجها على القولين، وبها قال ابن الصباغ، ويشهد لها ما قدمناه من اختلاف نص الشافعي، وهو الذي نقله الروياني[٤] عن العراقيين واستبعد الإمام[٥] ضمان السرقة من جهة أنه لا يعرف خلافًا أنه لا يجب على البائع نصب ناطور على الثمار إلى جدادها.

قال: «ولست آمن أن يمنع ذلك مَنْ يصير إلى الوجه البعيد أن الفائت

(١) الأم (٣/ ٥٨).

(٢) سنن البيهقي الكبرى (٥/ ٣٠٦) (برقم: ١٠٤١٤).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٢١٠).

(٤) بحر المذهب (٤/ ٥٠٢).

(٥) نهاية المطلب (٥/ ١٦١).

بالسرقة من ضمان البائع(١).

وإن كان بجناية البائع؛ فأحد الوجهين: أنه كالجائحة السماوية.

والثاني: كالأجنبي قاله الماوردي(٢)، وهما الطريقان في أن إتلاف البائع قبل القبض كإتلاف الأجنبي أو كالآفة السماوية، ولا فرق بين أن يكون التلف في حالة إمكان السقي أو في حالة تعذره بانقطاع الماء؛ لأن ضمان الأموال لا يختلف بالتعدي وعدمه.



لو تلفت الثمرة بترك السقي، ففي الانفساخ طريقان:

إحداهما: ينفسخ قولًا واحدًا على القديم والجديد؛ لأنه استند إلى أمر ملتزم في العقد وما استند إلى سبب سابق على القبض قد ينزل منزلة ما لو سبق، كما إذا اشترى عبدًا مرتدًّا، فقتل بعد القبض بالردة السابقة أو سارقًا، فقطع، أو مريضًا فمات، وهذه الطريقة هي الصحيحة عند الرافعي(٣).

والثانية: ويُحْكَى عن أبي علي الطبري، وصاحب «التقريب»، والصيدلاني تخريجها على [القولين](٤) القديم والجديد، **وها هنا كلامان**:

أحدهما: أن الرافعي(٥) استشهد للطريقة الأولى بالعبد المرتد، والسارق، والمريض، كما تقدم، والحكم في ذلك مختلف عنده، فإن الصحيح عنده في المرتد الانفساخ في حالة الجهل دون العلم وفي المريض قال: الأشهر القطع بأنه من ضمان المشتري؛ لأن المرض يزداد شيئًا فشيئًا إلى الموت، والردة خصلة واحدة وحدث في يد البائع.

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ١٦١).
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٢١٠).
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).
(٤) في المخطوطة: «القولان»، والصواب ما أثبتناه.
(٥) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).

وذكر توسطًا عن صاحب «التهذيب»[1]: بجعل المرض المخوف والجرح الساري كالمرتد وغير المخوف من ضمان المشتري، ومسألتنا هذه الأظهر أن يلحق بالمرض؛ لضعف الثمار وتعرضها للآفات تعرض المريض، وحينئذٍ على مقتضى الأشهر عنده لا تكون مخرجه على القديم فضلًا عن أن يقطع به فيها إلَّا أن يكون مال إلى [٧٥/ب] المتوسط الذي نقله عن صاحب «التهذيب»، وشبه ضعف الثمار بالمرض المخوف.

وأنا أقول: إن تجويز الشرع ببيعها بعد بدو الصلاح يدل على أنها تجب من العاهة، وأنه يبعد إلحاقها بالمرض المخوف، وأيضًا فإن التلف هنا محال على ترك السقي، وإن كان الضعف في الثمار شرطًا فيه، فليس ضعف الثمار الموجود في يد البائع إلى التلف، ولا إلى ما يفضي إليه بخلاف المرض، فإنه مفضٍ، إما إلى الموت، وإما إلى مرض آخر يفضي إليه، وبخلاف الردة فإنها مفضية إلى القتل، فالجزم بالانفساخ في مسألتنا هذه أو ترجيحه فيه نظر، ثم إنه ولو سلم إلحاقه بالمرتد، فالصحيح عنده[2] في المرتد إذا كان المشتري عالمًا بردته أنه لا ينفسخ العقد، ولا شك أن المشتري هنا عالم بضعف الأشجار، وتعرضها للآفة الذي هو منزل منزلة الردة أو المرض، فعلى قياس ذلك لا ينفسخ ها هنا.

وإن قيل: بأن البائع يترك السقي ترك ما التزمه بالعقد كان هذا معنى غير إلحاقه بالردة والمرض، وعاد النظر في أن هذا المعنى هل هو موجب للانفساخ، فإنه لا نظر لذلك أن يكون البائع التزم شيئًا وترتب على ترك ذلك الشيء تلف المبيع بعد القبض، فينفسخ العقد به، لا بد لهذا من دليل، فإن الثمار مقبوضة غير مضمونة على الجديد على أن اختيار القاضي أبي[3]

---

(١) التهذيب (٣/ ٤٦٥).
(٢) أي: البغوي. انظر: التهذيب (٣/ ٤٦٤).
(٣) في المخطوطة: «أبو»، والصواب ما أثبتناه.

الطيب فيما إذا لم يعلم المشتري بردة العبد المبيع حتى قتل؛ أنه يرجع بالأرش خاصة، ونسبه إلى كثير من أصحابنا، وانتصر له بأنه لو كان التلف في يد البائع لم يفرق فيه بين العلم والجهل.

وأجاب عن نص الشافعي في الرهن على الانفساخ: بأن المرتهن لا يمكنه استدراك الظُّلامة بالرجوع بالأرش، فألحق القتل والقطع الحادث في يده بسببه حتى يستدرك الظلامة، فجعل كأن القتل وُجِدَ في يد الراهن، فينفسخ البيع ويرجع ويجعل القطع كأنه وجد في يد الراهن، فيثبت للمرتهن الخيار في رد الرهن وفسخ البيع؛ لئلا يهدر حقه، وليس كذلك البيع، فإنه يرجع بالأرش.

قال القاضي: وهذا قول ظاهر، فسقط السؤال؛ يعني الاستشهاد بنص الشافعي [في على][1] الانفساخ، وأكد هذا المعنى بأن من حفر بئرًا في طريق لا يجوز الحفر فيه إذا وقع فيه حيوان ومات؛ وجب الضمان في تركته وألحق بسببه؛ لئلا يهدر التعدي.

الكلام الثاني: أن الرافعي[2] رحمه الله أطلق القول بذلك، ولم يفصل بين أن يكون المشتري علم بترك السقي أو لا، ثم ذكر في آخر كلامه فيما إذا تعيبت بترك السقي ويبعد به ولم يفسخ حتى تلفت، خلافًا في الغرم ولم [٧٦/أ] يتعرض للانفساخ.

والإمام[3] ذكر الطريقين في حالة الجهل، ثم ذكر فيما إذا علم بالعيب بسبب ترك السقي، ولم يفسخ حتى تلفت أن الصيدلاني قال: ففي وضع الجوائح قولان، فدل أن الصيدلاني تطَّرد طريقته المجربة للخلاف في حالتي الجهل والعلم، وما قاله الصيدلاني هو القياس من التخريج على

---

(١) كذا في المخطوطة.

(٢) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٦٢).

وضع الجوائح، سواء أكان عالمًا أم جاهلًا، بل لو لم يحصل عيب، لكن مجرد انقطاع الماء عيب فجريان الخلاف في وضع الجوائح؛ لحصول التلف بعده أولى.

فرع إذا ثبت هذا بأن قلنا: ينفسخ، فلا كلام، وإن قلنا: لا ينفسخ، وكان المشتري لم يشعر بالحال حتى حصل التلف، قال الإمام: «فلا خيار بعد التلف»[١].

وقال الغزالي: «له الخيار»[٢]، وأطلق الغزالي ذلك من غير تفصيل بين العلم والجهل، وقرره ابن الرفعة[٣] بأن ترك السقي بعد القبض الذي لم يتم كجناية البائع قبل القبض، إذا قلنا: لا ينفسخ العقد فيثبت الخيار؛ لفوات العين، هذا إن كان المشتري جاهلًا بترك السقي.

فإن كان عالمًا، قال: فيكون فيه خلاف مبني على رجوعه على البائع ببدل الثمرة، وفيه وجهان: إن قلنا لا يرجع، فلا خيار، وإن قلنا: يرجع؛ ثبت الخيار ليبدل المستحق.

فرع هذا الكلام في الانفساخ والخيار، أما الضمان، هل يضمن البائع الثمرة التالفة بترك السقي؟ إن قلنا بالانفساخ على الطريقة التي صححها الرافعي[٤]، أو على أحد قولي الطريقة الثانية، فلا ضمان، فإن المشتري يرجع على البائع بالثمن، وإن قلنا بعدم الانفساخ، فإن قلنا بما قاله

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ١٦٤).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ١٩٣).

(٣) كفاية النبيه (٩/ ١٨٩).

(٤) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).

الغزالي[١] من ثبوت الخيار وانفق الفسخ، فالحكم كذلك، وإن أجاز أو قلنا بما قاله الإمام[٢] من عدم الخيار بعد التلف.

فقد قال الإمام[٣] والغزالي[٤] والرافعي[٥] بتضمين البائع القيمة إن كانت عند التلف من ذوات القيم أو المثل إن كانت من ذوات الأمثال.

قال الإمام: ويصير ترك السقي بمثابة جناية ذات سريان، فإذا تمت السراية وتحقق التلفُ، وجب ضمان التالف على الجاني»[٦]، هذا ما أطلقوه، ولقائل أن يقول: إذا أثبتنا الخلاف، ولم يعتبر استناد التلف إلى سبب سابق.

وفرعنا على الجديد القائل بعدم وضع الجوائح، وأن الثمرة خرجت من ضمان البائع بالتخلية، فيده قد زالت، وسبب الضمان إما اليد وهي منتفية وإما الجناية، فالترك ليس [إلا لم][٧] يعهد سببًا في الضمان، ألا ترى أن مَن تعين عليه إنقاذ غريق فلم ينقذه، أو إطعام مضطر فلم يطعمه حتى[٨] مات، لا ضمان عليه، بل لو منع شخصًا طعامه وشرابه حتى مات ولم يوجد [٧٦/ب] منه إلَّا ذلك، فلا ضمان، فَلِم نَزَّلوا الترك هنا منزلة الجناية؟! وليس ذلك إلا ملاحظة والتفات إلى أن القبض لم يتم، ولا يناسب القول بعدم وضع الجوائح.

ثم اتفقوا على أن البائع لا يضمن الثمرة باعتبار كمالها لو سقيت، وإن كان ملتزمًا لذلك بمقتضى العرف؛ لأنا إنما نلزمه الضمان بحكم الإتلاف

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ١٩٣).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٦٤).
(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٦٤).
(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ١٩٣).
(٥) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).
(٦) نهاية المطلب (٥/ ١٦٤).
(٧) كذا في المخطوطة.
(٨) في المخطوطة: «حات».

ولم يتلف إلا الموجود، ثم هذا كله مفرع على وجوب السقي، أما إذا قلنا بالوجه الذي حكاه القاضي حسين أنه لا يجب السقي لم يجئ شيء من ذلك.

ثم قال ابن الرفعة لما حكى كلام الغزالي في الخيار والضمان قال: ومن هنا نأخذ فائدة جليلة، وهي أن البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض، وقلنا: لا ينفسخ العقد؛ ثبت للمشتري الخيار، سواء أكان المبيع مثليًّا، أم متقومًا؛ لأجل تعلق الغرض بنفس العين؛ ولهذا يتعين الإيمان عندنا بالتعيين، وهي من ذوات الأمثال.


لو أودعه نخلة، فلم يسقها حتى تلفت، لا ضمان. ولو أودعه آنَّة فلم يسقها حتى تلفت، ضمن.

فرع

إذا تعيبت الثمار، فإن كان تعيبها بجائحة، فعلى القديم يثبت الخيار، وعلى الجديد لا يثبت وإن تعيبها بترك السقي، فعلى القديم لا إشكال في ثبوت الخيار؛ لأنه عيب حصل قبل تمام القبض، وعلى الجديد ادعى الغزالي[1] القطع بثبوت الخيار أيضًا، وهو قول أبي إسحاق المروزي، ونقله الإمام[2] عن الصيدلاني واستشكله، وقال: إنه على إشكاله متفق عليه بين الأصحاب، ولم يحكِ الرافعي[3] غير ذلك، وهو الذي نص عليه الشافعي، فإنه قال في باب الجائحة من «الأم»: «وإذا باع الرَّجُلُ الرَّجُلَ ثمرةً على [أن][4] يتركها إلى الجذاذ ثم انقطع الماء، وكانت

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ١٩٣).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٦٢).
(٣) فتح العزيز (٩/ ١٠٧).
(٤) الآنَّة: الشَّاة.
(٥) زيادة لابد منها وضعناها من الأم (٣/ ٦٠).

لا صلاح لها إلا به، فالمشتري بالخيار بين أن يأخذ جميع الثمرة بجميع الثمن، وبين أن يردها بالعيب الذي دخلها»[١]، ومن الأصحاب مَن قال هذا على قوله القديم.

ونقل القاضي أبو الطيب عن أبي علي الطبري: أن الثمرة إذا عطشت وتعذر على البائع سقيها لا يثبت للمشتري الرد على الجديد، وهذا هو القياس، وهو الذي يقتضيه كلام الشافعي في «الأم»، فإنه قال: «ومَن وضع الجوائح فلا يضعها إلى على معنى أن قبضها قبض إن كانت السلامة، ولزمه إن أصاب ثمر النخل شيء يدخله عيب مثل: عطش يضمره، أو جمح يناله، أو غير ذلك من العيوب أن يجعل للمشتري الخيار»[٢]، وأطال الشافعي الكلام في ذلك [فانظر][٣] كيف جعل العطش وثبوت الخيار به إلزامًا لِمَن يقول بوضع الجوائح.

فأفهم أن القول الآخر بخلافه، وهذا يشهد للوجه [١/٧٧] الذي حكاه القاضي حسين، أنه لا يجب السقي على البائع، لكن الجمهور أوجبوا السقي عليه.

وفهم ابن الرفعة[٤] عن أبي علي أنه يقول بذلك مع القول بوجوب السقي، قال: «لكنه يقول: هو واجب عند القدرة، ساقط عند العجز» فيكون وجهًا ثالثًا في المسألة مع قولنا بالجديد، يعني: أنه يجب السقي مطلقًا أو لا يجب مطلقًا، أو يجب مع القدرة دون العجز.

وعلل الإمام «ما نقله من ثبوت الخيار بأن البائع ملتزم تنمية الثمار بحكم العقد؛ فيصير العيب الحادث بهذا السبب؛ كالعيب المتقدم على القبض»[٥]،

---

(١) الأم (٣/ ٦٠). (٢) الأم (٣/ ٥٩).

(٣) في المخطوطة: «فامطر»، والصواب ما أثبتناه.

(٤) كفاية النبيه (٩/ ١٨٩).

(٥) نهاية المطلب (٥/ ١٦٢، ١٦٣). بمعناه.

وهو في ظاهر «الأم» مشبه بخيار الحلف، فإن الصفة المشروطة إذا اختلفت ثبت الخيار، فالثمار تزيد لو سقيت، فترك السقي متضمن ألَّا توجد تلك الزوائد التي كان السبب إلى وجودها، وهو يضاهي منافع الدار المستأجرة، فإنها توجد شيئًا فشيئًا، والدار تسلم بنفسها، وهل يثبت الخيار للمشتري بمجرد انقطاع الماء؟

قال الإمام عن الصيدلاني: «إن له الرد بمجرد انقطاع الماء، وإذا أثبتنا الخيار فأجاز».

قال صاحب «التتمة»: «ليس للبائع تكليفه قطعها، وإن كان في التبقية ضرر»، وقد تقدم فيه خلاف في باب بيع الأصول والثمار.

فرع قال الغزالي في «الوسيط» بعد أن تكلم[(١)] في تلف الثمرة بترك السقي: «فإن كانت قد تعيبت، ففي المطالبة بالأرش وجهان نبهنا على نظريهما في الاستئجار[(٢)]»[(٣)].

أما إذا قلنا بثبوت الخيار بالعيب الحاصل بترك السقي؛ فحصل العيب بترك السقي، ولم يفسخ المشتري، ولم تتلف الثمار، فهل للمشتري الرجوع بأرش العيب على البائع؟ فيه وجهان.

فإنا لما أثبتنا الخيار بترك السقي بعد التخلية، جعلنا هذا الزمان كما قبل القبض في ثبوت الخيار بالعيب الحاصل فيه؛ فتكون جناية البائع فيه بترك السقي كجنايته قبل القبض، وفي جنايته قبل القبض خلاف هل هي كالآفة السماوية أو كجناية الأجنبي؟ فإن جعلناها كالآفة لم يرجع بالأرش، وإن

---

(١) في المخطوطة: «كلم».

(٢) في المخطوطة: «الحجارة بقراره»، والتصحيح من الوسيط.

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٩٤).

كان الثابت بها الخيار فقط، فإذا أجاز فلا شيء له، وإن جعلناها كجناية الأجنبي.

وقد أجاز فيرجع عليه بالأرش، وهذا ما قطع به الغزالي من القول بثبوت الخيار، أما على المنقول عن أبي علي الطبري، فينبغي أن لا أرش، ولا خيار، ولا أثر لذلك بعد التخلية وهو القياس، وهذا الفرع لا ذكر له في «النهاية» في هذا الموضع، ولا في «شرح الرافعي»، وسَوَّى ابن الرفعة في «شرحه» لكلام الغزالي في ذلك بين العيب الحاصل بترك السقي، والحاصل بانقطاع الماء، وفيه نظر.

والظاهر أن العيب الحاصل بانقطاع الماء [٧٧/ب] ⇑ كالعيب الحاصل بالجائحة، فيثبت به الخيار على القديم، ولا يثبت الخيار على الجديد، ويحتمل أن يقال: إنه كترك السقي؛ لأن فيه فوات ما التزمه البائع بخلاف الجائحة.

واعلم أن كلام الرافعي في مسألة الإجارة(١) يقتضي أن الأصح عنده في الأرش: أنه يجب بعد القبض ولا يجب قبله، فإنه حكى الخلاف، والصحيح فيها ذلك.

ثم قال: «ويجري هذا الخلاف في وجوب الأرش»(٢) وهو ها هنا من الجازمين بثبوت الخيار، فيقتضي ذلك أن الأصح عنده هنا: وجوب الأرش، لكن مأخذ القول الصحيح في مسألة الأجرة مستمدٌّ من أن جناية البائع كالآفة السماوية؛ ولذلك أسقطها قبل القبض، ومن أن اتصال ملك البائع بالمبيع لا يمنع من القبض بالتخلية؛ ولذلك أوجبها بعد القبض.

وهذا المعنى يقتضي إسقاط الخيار في مسألتنا؛ لأنه إذا تم القبض فلا

---

(١) في المخطوطة: «الحجارة».
(٢) فتح العزيز (١١/ ٣٢٩).

عبرة بعيب يحدث بعده، وكذلك يقتضي عدم الانفساخ عند التلف، إلا أن يقال: بجعل بقاء العلق، وإيصال ملك البائع بالمبيع ملحقًا بما قبل القبض في ثبوت الخيار بالعيب الحاصل فيه لا في إسقاط الأرش، فيكون كما قبل القبض في العيب، وكما بعده في الجناية، وهو تحكم، ووجوب الأرش في مسألة الحجارة لا إشكال فيه؛ لأنه لم يعارضه ما يقتضي إلحاق ذلك بما قبل القبض في حكم من الأحكام، وكل هذا جزؤه يجاذب المآخذ، وإلا فالقياس أنا إذا لم نقل بوضع الجوائح لا يثبت خيارًا ولا يوجب أرشًا.

فرع هذا كله إذا بيعت الثمار بعد بدو الصلاح مطلقًا أو بشرط التبقية، أما إذا بيعت بشرط القطع قبل بدو الصلاح أو بعده؛ فلم يقطع حتى أصابتها جائحة، **فثلاث طرق**:

أصحها عند الرافعي[(١)] **والنووي**[(٢)]: أنه على القولين، ولم يذكر ابن الصباغ غيرها.

والثانية: أنها من ضمان المشتري قولًا واحدًا؛ لتفريطه بترك القطع، ولأنه لا علقة بينهما؛ إذ لا يجب السقي على البائع في هذه الحالة، ويُحْكَى هذا عن القفال، وجزم به الروياني في «البحر»[(٣)].

وعلى هذا يدل تعليل المصنف - فيما سيأتي - أنه إذا تلفت الثمار وقت الجذاذ تكون من ضمان المشتري، فإن النقل واجب.

والثالثة: أنها من ضمان البائع قولًا واحدًا، حكاها أبو علي السنجي عن بعض الأصحاب؛ لأنه إذا شرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل، فقد

(١) فتح العزيز (٩/ ١٠٣).
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٥).
(٣) بحر المذهب (٤/ ٤٩٣).

تلفت قبل القبض، والرافعي في «الشرح»[١] و«المحرر»[٢] وضمن ذلك قبل الصلاح وتبعه في «المنهاج»[٣]، وكلامه في «الروضة»[٤] يشعر بفرضه [١/٧٨] فيما بعد الصلاح، ولا فرق بين الحالتين؛ فلذلك جمعت بينهما وحكيت الطرق فيهما - والله أعلم.

فرع قال صاحب «البيان»: «إذا تلف بعض الثمرة بعد التخلية، فعلى القديم ينفسخ في التالف، وفي الباقي طريقان من تفريق الصفقة، فإن قلنا: لا ينفسخ، فينبغي أن يثبت للمشتري الخيار، فإن لم يفسخ استرجع من الثمن بقدر الهالك»[٥].

فرع هذا كله إذا بيعت الثمار منفردة، فلو بيعت مع الأشجار إما تبعًا وإما بالشرط بعد التأبير، أو كان مشتري الثمرة مالك الشجرة، ثم اجتيحت الثمار بعد التخلية، فالظاهر أنها من ضمان المشتري قولًا واحدًا، ولا يأتي القديم فيه؛ لأن التخلية هنا تسليم تام، ولا تبقي بعدها علقة بين البائع والمشتري، ولا يجب السقي على البائع، وكذلك قال القاضي حسين، والمتولي، والجرجاني، والرافعي[٦]، وغيرهم فيما إذا باع الثمرة مع الشجرة والمتولي والنووي[٧] فيما إذا باع الثمرة من صاحب الشجرة.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ١٠٤).
(٢) المحرر (ص: ١٥٤).
(٣) المنهاج (ص: ١٠٧).
(٤) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٨).
(٥) البيان (٥/ ٣٩١، ٣٩٢).
(٦) فتح العزيز (٩/ ١٠٥).
(٧) روضة الطالبين (٣/ ٥٥٦).

وقال المتولي في القسم الأول: إنه لا خلاف فيه، وقد رأيت في «الأم»: «أنه لو أصيبت الثمرة في يد المشتري رقبة الحائط بجائحة تأتي عليه أو على بعضه، فلا يكون للمشتري أن يرجع بالثمرة المصابة، ولا بشيء منها على البائع.

قال: فإن قال قائل: ولِمَ لا يرجع بها ولها من الثمن حصة؟

قيل: لَأنها إنما جازت تبعًا في البيع، ألا ترى أنها لو كانت تُبَاعُ منفردة لم يحل بيعها حتى تحمر، فلما كانت تبعًا في بيع رقبة الحائط حل بيعها، وكان حكمها حكم رقبة الحائط، ونخله الذي يحل بيع صغيره وكبيره، وكانت مقبوضة لقبض النخل، وكانت المصيبة بها كالمصيبة بالنخل والمشتري لو أصيب بالنخل بعد أن يقبضها كانت المصيبة منه»[(١)]، وهذا النص يدل على ما قبله من أنه لا يقول بوضع الجوائح في ذلك، لكنه عقب ذلك قال: «فإن ابتاع رجل حائطًا فيه ثمر لم يؤبر كان له مع النخل أو شرطه بعدما أُبِّرَ، فكان له مع النخل، فلم يقبضه حتى أُصِيْبَ بعض الثمر، ففيها قولان»[(٢)]، وذكر الشافعي قول الإجارة بالقسط، وقول الإجارة بجميع الثمن.

وقال عقيب قول الإجارة بالقسط: «ولا خيار للمشتري في هذا الوجه.

قال: وهكذا الثمرة تبتاع مع رقبة الحائط، وتقبض فتصيبه الجائحة في قول من وضع الجوائح.

وفي القول الآخر الذي حكيت قولًا يخالفه سواء لا يختلفان»[(٣)]، وظاهر هذا الكلام أن قول وضع الجوائح تأتي فيها.

وقوله: «بعد القبض»؛ أي: [٧٨/ب] القبض بالتخلية، فظاهر هذا الكلام

---

(١) الأم (٣/ ٤٣).

(٢) المصدر السابق، نفس الموضع.

(٣) المصدر السابق، نفس الموضع.

مخالف لما ذكره الأصحاب، ثم ظاهره يقتضي أن ذلك على القولين قول وضع الجوائح، والقول الآخر: جميعًا، وهو عجيب، إلا أن يكون الشافعي راعى أن الثمار وإن قُبِضَتْ قبضًا تامًّا فهي ضعيفة، فأشبهت المريض والمرتد، وقد تقدم فيه بحث.

وقوله - أيضًا - في الأول: «ولا خيار للمشتري في هذا الوجه» لم أفهم ولا يمكن حمل قوله: القبض على القبض التام بالجذاذ، ولو حمل على ذلك لكان أشكل، فليتأمل هذا الكلام - والله أعلم.

فرع لا يختص قول وضع الجوائح بالثمرة، بل يجريان في الزرع إذا بيع بعد الاشتداد فأصابته جائحة قبل الحصاد، ولو اشترى طعامًا مكايلةً، وقبض جزافًا، وهلك في يد المشتري، ففي سقوط الثمن عن البائع وجهان في «التتمة»، أصحهما: لا يسقط؛ لأن التسليم قد تمَّ، وإنما بقي معرفة المقدار.



قال:

فإن قلنا بهذا فاختلفا في الهلاك، فقال البائع: الثلث. وقال المشتري: النصف، فالقول قول البائع؛ لأن الأصل عدم الهلاك.



إذا قلنا: «بوضع الجوائح فاختلفا في قدر الهالك، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الهلاك، ولأن الثمن لازم للمشتري فلا يصدق على البراءة منه بقوله: وعلى المشتري البينة»[١]، وعلى ذلك كله نص الشافعي في «الأم»، وهذا منهم على تفريقه الصفقة.

أما إذا قلنا: إن الصفقة لا تفرق في ذلك، فينفسخ في الجميع كما تقدم عن صاحب «البيان»[٢] ولا حاجة إلى هذا الاختلاف، وإن اختلفا في أصل الهلاك فقال البائع: لم تصبك جائحة.

قال الشافعي في «الأم»: «القول قول البائع مع يمينه، وعلى المشتري البينة»[٣].

وقال صاحب «التتمة»: «لو اختلفا في وقوع الجائحة، فالغالب أن الجائحة إذا وقعت لا تخفى، فإن لم يعرف وقوعها أصلًا، فالقول قول البائع بلا يمين، وإن عرف وقوعها، فالقول قول المشتري بلا يمين، وإن وقعت الجائحة وأصابت قومًا دون قوم، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأصل لزوم الثمن»[٤].

---

(١) الأم (٣/ ٥٨). باختصار وتصرف يسير.

(٢) (٥/ ٣٩٢)

(٣) الأم (٣/ ٥٨). بإختصار.

(٤) انظر في النقل عنه: النووي في روضة الطالبين (٣/ ٥٦٥).

وهذا التفصيل قد يقال: إنه مخالف لإطلاق الشافعي، وقد يقال: إن ذلك الإطلاق منزل على القسم الثالث الذي ذكره صاحب «التتمة»، ويرشد إليه قول الشافعي: لم تصبك جائحة، فأنما أنكر إصابتها له، أما وقوعها على الإطلاق فهو مما يعم ويعلم[1]، فلا حاجة إلى اليمين، بل من ادعاه مع العلم به سمع، ومن ادعاه في غير هذه الحالة ردت دعواها؛ لمخالفتها الحس.

لكن ليس كل الجوائح مما يعم ويعلم وجودها لكل الناس أو معظمهم، فقد [٧٩/أ] يدعي حصول جائحة لا يعلم وقوعها إلا الأفراد، لا سيما إذا قلنا: إن السرقة من الجوائح، ففي هذا القسم يحتاج منكره إلى اليمين.



(١) في المخطوطة: «يعم»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال:

وإن بلغت الثمار وقت الجِدَادِ فلم ينقل حتى هلكت، كان هلاكها من ضمان المشتري؛ لأنه وجب عليه النقل، فلم يلزم البائع ضمانها [والله أعلم][(١)].



أي: كان هلاكها من ضمان المشتري قولًا واحدًا، ولا يأتي فيه القديم، وهذه طريقة، وهي الصحيحة، ونسبها الروياني[(٢)] إلى اختيار أبي حامد والقفال، ونسبها صاحب «البيان»[(٣)] إلى أبي إسحاق أيضًا، وعليه يدل نص الشافعي.

وفيه وجه: بأن إن وضع الجوائح إلى نفس الجداد، حكاه القاضي حسين وغيره، ومقتضى كلام ابن الصباغ أنهما قولان، وكذلك الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: وبناهما: أنا إذا قلنا بوضع الجوائح، فهل توضع بسرقات الآدميين أو لا؟ على قولين: إن قلنا: توضع، فالجائحة توضع إلى الجداد وإلا فإلى إمكان الجداد.

قال الإمام: «ولو حان وقت القطاف، ولكن ليس يُعدُّ تأخيره في اليوم واليومين توانيًا ولا تشوفًا إلى مزيد تنشيف رطوبة لا يستقل بها الجرين»[(٤)].

فظاهر المذهب أن التالف من ضمان المشتري، ولا يخرج القولان، وإنما محل جريانهما فيما قبل أوان القطاف، وفي بعض الطرق رمز إلى

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) بحر المذهب للروياني (٣/ ١٠٢، ١٠٣).

(٣) البيان (٥/ ٣٩١)

(٤) نهاية المطلب (٥/ ١٦٠). باختصار.

إلحاق هذا الزمن إذا لم يتسبب المشتري إلى التقصير بالزمان المتقدم على القطاف.

قلت: فتحصلنا على ثلاثة أوجه في انتهاء الزمان الذي هو محل القولين:

أحدهما: بأول إمكان الجداد.

والثاني: يتأخر بعد ذلك زمانًا لا يُعَدُّ المشتري فيه متوانيًا طالبًا لزيادة تخفيف.

والثالث: بنفس الجداد.

والصحيح: الأول، فإن الشافعي قال: «وينبغي لِمَن وضع الجائحة أن يضعها، ما لم يرطب النخل عامة، فإذا رطبت عامة حتى يُمْكِنَهُ جدادها لا يضع. وكذلك كلما أرطبت؛ لأنه قد خُلِّي بينه وبين قبضها ووجد السبيل بتركه، فتكون الثمرة مضمونة من البائع حتى يجتمع فيها أن يسلمها إلى المشتري، ويكون قادرًا على قبضها بالِغَة، لا يستقيم فيه عندي قول غير هذا»(١).

قال الإمام: «وعلى نحو هذا تردَّدوا في أمد السقي الواجب على البائع»(٢).

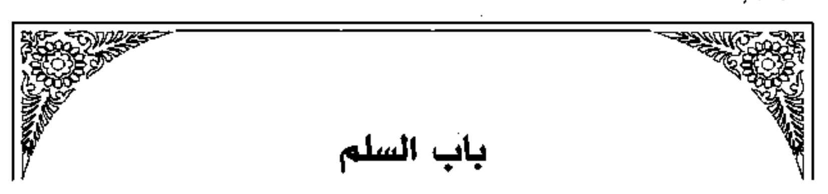
فرع إذا اشترى الثمرة بعد الإرطاب خرج على هذا الخلاف، فعلى الأصح يكون من ضمان المشتري قولًا واحدًا، وبه جزم الجرجاني.

---

(١) الأم (٣/ ٥٩). باختصار.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٦١).

قال رَحِمَهُ اللَّهُ:



باب السلم

قال الأزهري: «السَّلَمُ والسَّلَفُ واحد، يقال: سلم، وأسلم، وأسلف، بمعنى واحد، [٧٩/ب] وهذا قول جميع أهل اللغة، إلَّا أن السلف يكون قرضًا أيضًا.

وفي حديث النبي ﷺ: «**أنه تسلف بكرًا**»؛ أي: اقترضه ليرد مثله، وكذلك استسلفه»[١].

هذا كلام الأزهري، وهو يقتضي أن القرض يصدق عليه اسم السلف دون اسم السلم، فيكون اسم السلم مختصًا بالبيع المخصوص الذي عقد له هذا الباب، واسم السلف مشتركًا بينه وبين القرض، وبذلك صرح الشيخ أبو حامد؛ ولهذا قال الرافعي: «إن كلًّا من السلم والقرض يُسَمَّى سلفًا»[٢]، ولم يرد الرافعي ما تأوله ابن الرفعة عليه، ونقله عنه من «أن اسم السلم يشمل القرض، لكن حد السلم الشرعي يخرجه»[٣].

وقال ابن فارس: «السلم: السلف»[٤].

وقال: «السلف في البيع»[٥].

---

(١) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص:١٤٥).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٠٧).

(٣) كفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ٣٢١).

(٤) مجمل اللغة (ص: ٤٧١).

(٥) المصدر السابق (ص: ٤٦٩).

وقال الرافعي: «إن السَّلَم والقَرْض كما اشتركا في التسمية بالسلف اشتركا في المعنى؛ لأن كلًّا منهما إثبات مال في الذِّمَّة بمبذول في الحال»(١).

وإنما أراد الرافعي بهذا أيضًا اشتراكهما في هذا القدر من المعنى خاصة دون أن تكون حقيقتهما واحدة، ألا ترى أن إسلام الربوي في جنسه لا يجوز، وقرضه جائز، وتأجيل السلم جائز، وتأجيل القرض غير جائز؟

قال الرافعي: «**وذكروا في تفسير السَّلَم عبارات متفاوتة:**

منها: أنه عقد على موصوف في الذِّمَّة ببدل يعطى عاجلًا.

ومنها: أنه إسلاف عوض حاضر في عوض موصوف في الذِّمَّة.

ومنها: تسلم عَاجِل في عوض لا يجب تعجيله»(٢).

قال الماوردي: «والسَّلَف لُغَة عِرَاقيَّة، والسَّلَم لُغَة حِجَازيَّة»(٣).



---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٠٧).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٠٧).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٨٨).

قال:

السلم جائز لقوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. قال ابن عباس: أشهد أن [السلم][١] المضمون إلى أجل [مسمى][٢] قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، وقال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾.

الشرح

أثر ابن عباس هذا رواه الشافعي[٣] ثم البيهقي من طريقه في «المعرفة»[٤]، ومن غير طريقه في «السنن»[٥]، والسند صحيح إلى ابن عباس.

قال الواحدي: «قال المفسرون: كل حق مؤجل، فهو داخل تحت قوله: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢]»[٦].

وقال ابن عطية: «قال ابن عباس: نزلت هذه الآية في السلم خاصة. معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الآية، ثم تتناول جميع المداينات إجماعًا»[٧]. هذا قول ابن عطية.

وقد ظهر بهذا أن الآية مع ما ذكره المفسرون من الإجماع على عمومها نص في السلم المؤجل، وبه يحصل المقصود في جواز السلم في الجملة.

---

(١) في المطبوع من المهذب: «السلف».
(٢) ليست في المطبوع من المهذب.
(٣) في مسنده (١٣١٤).
(٤) (٨/ ١٨٣).
(٥) (٦/ ١٨).
(٦) التفسير البسيط (٤/ ٤٨٤).
(٧) تفسير ابن عطية (١/ ٣٧٨).

ومقتضى كلام الشافعي في «الأم»[(١)] أن الآية تحتمل كل دين، وتحتمل السلف خاصة، وغيره بالقياس عليه، يعني: فعلى كل تقدير دلالتها [١/٨٠] على السلم محققة.

ونقل الماوردي اتفاق الصحابة على جوازه، قال: «ولم يخالف بعدهم إلَّا ابن المسيب، حُكيت عنه حكاية شاذة أنه أبطل السلم ومنع منه، وهو إن صحت الحكاية عنه محجوج بإجماع مَن تقدمه من النصوص الدالة والمعنى الموجب»[(٢)]. ولا أظنها تصح عنه.

وقد قال الشافعي في «الأم»: «إنه لا اختلاف فيه عند أحد من أهل العلم حفظ عنه»[(٣)].

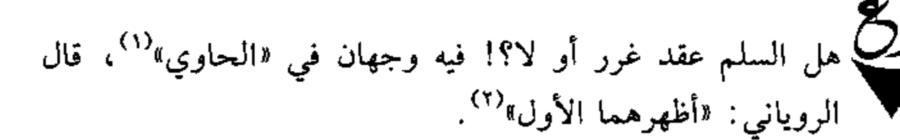
وكذلك نقل ابن المنذر الإجماع عليه[(٤)].

وأما نهيه ﷺ لحكيم عن بيع ما ليس عنده، فحمله الشافعي على بيع الأعيان؛ توفيقًا بين الأدلة، وذكر الشافعي جمله من الآثار، ثم قال: «وما كتبت من الآثار بعدما كتبت والقرآن والسنة والإجماع ليس؛ لأن شيئًا من هذا يزيد سنة رسول الله ﷺ قوة، ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يُوهِنُهَا، بل هي التي قطع الله بها العذر، ولكنا رجونا الثواب في إرشاد مَن سمع ما كتبنا؛ إذ كان فيما كتبنا بعض ما يشرح قلوبهم لقبوله، ولو تنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا في الاستغناء بكتاب الله ﷻ، ثم سنة نبيه ﷺ، وما احتاجوا إذ أمر الله بالرهن في الدَّين إلى أن يقول قائل: هو جائز في السلف»[(٥)].

---

(١) الأم (٣/ ٩٣).
(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٠).
(٣) الأم (٣/ ٩٤). بمعناه.
(٤) الإجماع (ص:١٣٦).
(٥) الأم (٣/ ٩٤، ٩٥). بمعناه.

ذكر الشافعي هذا في تقرير أن الرهن جائز في السلم، فإن بعض السلف خالف فيه، وسنذكره في الرهن، وقد استغنى المصنف بالاستدلال بالآية عن غيرها، وسيأتي في كلامه حديث ابن عباس، وهو نص في جواز السلم، وقد أكثر رضي الله عنه في أبواب السلم في «الأم» عمل فيها نحو: سبعين ورقة في مكان واحد.

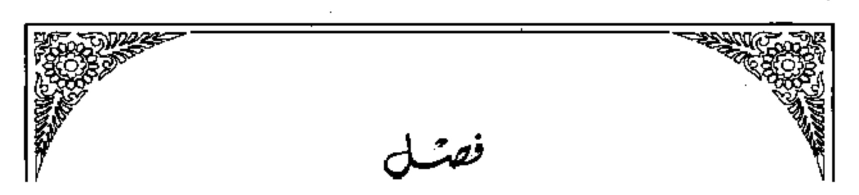


فرع هل السلم عقد غرر أو لا؟! فيه وجهان في «الحاوي»[1]، قال الروياني: «أظهرهما الأول»[2].



(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٥).
(٢) بحر المذهب للروياني (٥/ ١١٠). بمعناه.

قال:



فصل

[شروط المسْلِم]

ولا يصح السلم إلَّا من مطلق التصرف في المال؛ لأنه عقد على المال، فلا يصح إلا من جائز التصرف، كالبيع.



الشرح

هذا حكم لا خلاف فيه، وقياس صحيح.



قال:

قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ويصح السلم من الأعمى.

قال المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اعلم من لطفه[١] أنه أراد الأعمى الذي عرف الصفات قبل أن يعمى.

قال أبو العباس رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هذا قاله المزني: حسن، فأما الأكمه الذي لا يعرف الصفات، فلا يصح سلمه؛ لأنه يعقد على مجهول، وبيع المجهول لا يصح.

وقال أبو إسحاق: يصح السلم من الأعمى، وإن كان أكمه؛ لأنه يعرف الصفات بالسماع.



قال المزني في باب بيع حبل الحبلة: وشراء الأعمى «يشبه أن يكون أراد الشافعي بمعرفتي بِلَفظَةِ الأعمى الذي عرف الألوان قبل أن يعمى، فأما مَن خلق أعمى، ولا [٨٠/ب] معرفة له بالألوان، فهو في معنى مَن اشترى ما يعرف طعمه وجهل لونه، وهو يفسده فَتَفَهَّمْهُ ولا تغلط عليه»[٢]، هكذا رأيته في غير نسخة لمعرفتي بلفظه.

وما ذكره المصنف من لفظ «اللطف» أحسن، أي: دقة نظره وحسن استنباطه.

وقد اختلف الأصحاب فأبو العباس وابن أبي هريرة وابن خيران: صوبوا المزني فيما قال، ومنعوا سلم الأكمه، واختاره البغوي[٣] والمتولي[٤].

---

(١) في المطبوع من المهذب: «نطقه».

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٦).

(٣) التهذيب (٣/ ٥٣٥).

(٤) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٤٣٣)، بحر المذهب (٥/ ٥٦، ٥٧)، الوسيط في المذهب =

وأما أبو إسحاق وجمهور الأصحاب، فردوا ذلك وصححوا سلم الأكمه، وهو الأصح عند العراقيين[(١)].

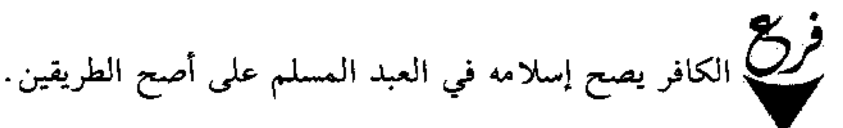
واستدلوا بصحة سلم البصير فيما لم يشاهده، وأنه لم يقل أحد أنه لا يجوز لأهل بغداد أن يسلموا في الموز، ولا لأهل خراسان أن يسلموا في الرطب؛ لأنهم لم يشاهدوه.

وصورة المسألة: أن يكون رأس المال موصوفًا في الذمة، ثم يعين في المجلس ويقبض، وهل يصح إقباضه لرأس المال إذا كان مسلمًا، وقبضه له إذا كان مسلمًا إليه، وكذلك قبضه للمسلم فيه عند حلوله وإقباضه، أو يوكل عنه في ذلك؟ فيه وجهان؛ أصحهما: الثاني، وهو الذي نص عليه في «المختصر»[(٢)] في قبضة المسلم فيه عند حلوله.

أما إذا كان رأس المال معينًا، فلا يصح السلم منه ولا عليه؛ لأنه لا يعرفه، ويصير ذلك كبيع الأعيان.

وقد ذكر المصنف حكمه والخلاف فيه على القديم في أول كتاب البيوع.

أما الأعمى الذي كان بصيرًا، فلا خلاف في صحة سلمه، وكل ما ذكرناه يجري في خلع الأعمى ونكاحه، هل يثبت المسمى أو لا؟



فرع الكافر يصح إسلامه في العبد المسلم على أصح الطريقين.

وقيل: على القولين في البيع، فإذا صححناه فقيل: لا يعترض عليه حتى يقبض.

= ٣/ ٣٧)، فتح العزيز (٨/ ١٤٥)، شرح مشكل الوسيط (٣/ ٤٤٠)، كفاية النبيه (٩/ ٥٣).

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) (٨/ ١٨٦).

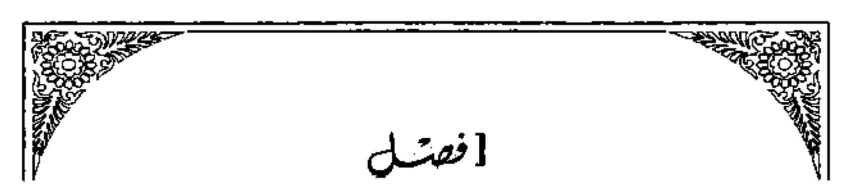
وقيل: يمنع من استدامة العقد، ويوجد بفسخه.

آخر أسلم إلى مكاتب عقب العقد، هل يصح؟ فيه وجهان في «الوسيط»[1] في الكتابة.

* * *

(١) (٧/ ٥٠٩).

قال:



[فصل

ألفاظ السلم]

وينعقد بلفظ السلم، والسلف[1]، وفي لفظ البيع وجهان؛ من أصحابنا مَنْ قال: لا ينعقد بلفظ البيع، وإذا عقد بلفظ [البيع][2] كان بيعًا، ولا يشترط فيه قبض العوض في المجلس؛ لأن السلم غير البيع، فلا ينعقد بلفظه.

ومنهم مَن قال: ينعقد؛ لأنه نوع بيع يقتضي القبض في المجلس.



الشرح

انعقاده بلفظ السلم والسلف لا خلاف فيه لما تقدم من كلام الأزهري[3] وغيره من أهل اللغة الذي أقره الشرع، ولم يخالفه.

وأما بلفظ البيع كقوله: اشتريت منك ثوبًا، أو طعامًا صفته كذا بهذه الدراهم، أو يقول المسلم إليه: بعتك ثوبًا أو طعامًا صفته [٨١/أ] كذا بهذه الدراهم، فلا خلاف في صحة هذا العقد.

وهل يكون بيعًا أو سلمًا حتى يشترط فيه قبض رأس المال في المجلس؟

---

(١) زيد هنا: (السلف) وهي زيادة بدون فائدة.

(٢) ما بين المعقوفين غير موجود في المخطوطة، وقد أثبتناه من متن المصنف؛ ليستقيم المعنى. انظر: المهذب (٣/ ١٦١).

(٣) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ١٤٥).

فيه وجهان - كما ذكر المصنف - أصحهما عند العراقيين والروياني[١] والجرجاني: الثاني، وعليه يدل نص الشافعي في «الأم»[٢] في باب الخيار في السلف، وحكاه الشيخ أبو حامد[٣] وغيره عن نصه في «الإملاء»؛ لأن السلم أخص من البيع، فلم يتعارض فيه اللفظ والمعنى، ولا منافاة بينهما.

والأول: قال الرافعي: «إنه الأصح عند صاحب «التهذيب» وغيره»[٤]. وصححه في «المحرر»[٥]، والنووي في «الروضة»[٦]، والفارقي في كلامه على «المهذب»، وهو قول أبي إسحاق، **وليس لهذا القول حجة إلَّا أحد أمرين:**

إما أن يرى أن البيع مختص بالأعيان، وحينئذٍ إذا استعمل في الدين تعارض اللفظ والمعنى، ولكن هذا فاسد؛ لأنه لو اختص اسم البيع بالمعين لكان ينبغي أن يبطل إذا أضافه إلى الذمة على قول، ولا قائل به، وعلى هذا لا يكاد يظهر بينه وبين الصرف فرق.

وإما أن يرى أن بيع الموصوف في الذمة، ويُسَمَّى سلمًا إلَّا إذا عبر عنه بلفظ السلم، وهو بعيد؛ لأن الألفاظ لا اعتبار بها، ثم يرد على البغوي أنه وافق على اعتبار المعنى في الإجارة الواردة على الذمة، فاشترط القبض في المجلس، وإن كان بلفظ الإجارة، وقد أجاب بعضهم عنه بكثرة الغرر في الإجارة؛ لأن المنافع جُوِّز العقد عليها للحاجة بخلاف الأعيان، والأكثرون خَرَّجُوا هذا الخلاف على أن النظر إلى اللفظ، أو إلى المعنى، وذلك في

---

(١) بحر المذهب للروياني (٥/ ١١٠).
(٢) الأم (٣/ ١٣٦).
(٣) الوجيز (ص: ١٥٤).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٢٤).
(٥) (ص: ١٥٤).
(٦) روضة الطالبين (٤/ ٦).

مسائل منها هذه.

ومنها: إذا باع معينًا بلفظ السلم لم ينعقد سلمًا قطعًا، وهل ينعقد بيعًا اعتبارًا بالمعنى، أو يبطل اعتبارًا باللفظ؟ فيه وجهان؛ عند جميع الأصحاب الثاني، والتعارض هنا ظاهر.

ومنها: إذا باع بلا ثمن، بطل نظرًا إلى اللفظ. وقيل: يصح هبة نظرًا إلى المعنى.

ومنها: هبة الدين ممن عليه معناها الإبراء، فهل يفتقر إلى القبول لأجل اللفظ؟! وجهان.

ومنها: إجارة العين بلفظ البيع، كقوله: بعتك منفعتها، وفيه **وجهان**؛ **أصحهما**: عند العراقيين الصحة، وهو جارٍ على قولهم هنا بانعقاده سلمًا[١].

والأصح عند جماعة منهم الرافعي[٢]: المنع[٣].

وحجتهم: أن البيع مختص بالأعيان، فإذا أرادوا ما سوى المنفعة؛ فللنظر فيه مجال، وإن أرادوا أنه لا يشمل الدين أيضًا ففاسد؛ لما سبق.

ومنها: المسألة المتقدمة إذا وردت الإجارة واردة على الذمة، هل يشترط قبض الأجرة في المجلس نظرًا إلى معناها أو لا؟! نظر إلى لفظها [٨١/ب] **وجهان**؛ **أصحهما** عند العراقيين، والشيخ أبي علي، والبغوي[٤]، اعتبار

---

(١) قال الدميري في النجم الوهاج (٥/ ٣٢٠): وهو قول ابن سريج، واختاره الشيخ وقواه في المهمات. اهـ.

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٣٢٦).

(٣) قال ولي الدين العراقي في تحرير الفتاوى (٢/ ٢٥٩): الأصح: بطلانه، وصرح به النووي في المنهاج (ص:١٥٩) فقال: والأصح انعقادها بقوله: آجرتك منفعتها، ومنعها بقوله: بعتك منفعتها.

(٤) التهذيب (٤/ ٤٣١).

المعنى[١].

وأقول: إن هذه ومسألة الكتاب لا تعارض بين اللفظ والمعنى فيهما، فإن المعنى اقتضى القبض، واللفظ لا يوجبه ولا ينفيه، فالأصح فيهما النظر إلى المعنى خلافًا لمن اعتبر اللفظ فيهما، وهو بعض الأصحاب، أو فرق بينهما، وهو البغوي[٢]، وكذلك اعترض عليه الرافعي، وقال: «إن ما صير إليه من الإجارة لا يلائم ما صار إليه في السلم»[٣].

وضابط ترجيح البطلان: «أن يكون آخر اللفظ رافعًا كالبيع بلا ثمن، أو يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه كالبيع بلفظ السلم والصحة فيما تكون الصيغة منتظمة صحيحة الدلالة على المقصود كالسلم بلفظ البيع»[٤]، هكذا نبه الرافعي عليه في الإجارة وهو حسن.

فرع لو قال: اشتريت منك هذا العبد بثوب صفته كذا، نقل الشيخ أبو حامد[٥] عن «الإملاء»، أنه لا يصح أن يتفرقا حتى يقبض العبد؛ لأن هذا سلم بعينه، ومن هذا النص نقلوا عن «الإملاء» أنه ينعقد سلمًا كما تقدم، لكن هو تلك الصور المتقدمة، حيث يرد الشراء على ما في الذمة ظاهرًا.

أما في هذه الصورة، إذا ورد الشراء على المعين، وجُعِلَ الموصوف ثمنًا، فينبغي القطع بأنه بيع، لكن القاضي حسين خرجه على أن الثمن ماذا؟

---

(١) انظر: بحر المذهب (٤/ ١٤)، البيان (٧/ ٣٣٥)، روضة الطالبين (٥/ ١٧٤).

(٢) التهذيب (٤/ ٤٣١).

(٣) فتح العزيز (١٢/ ٢٠٦).

(٤) فتح العزيز (١٢/ ٢٠٨). بمعناه.

(٥) الإرشاد إلى سبيل الرشاد (ص: ٢٠٧).

فإن قلنا: إنه ما اتصلت به [باء الثمنية][1] كان هذا بيعًا، وإن قلنا: الثمن النقد كان هذا سلمًا.

وهذا مأخذ آخر للمسألة غير مراعاة اللفظ والمعنى، والماوردي حكى الخلاف فيما إذا قال: «بعتك هذا الدينار بقفيز حنطة في الذمة، هل يكون بيعًا أو سلمًا؛ نظرًا إلى اللفظ أو المعنى؟»[2]، وهو مشكل أيضًا؛ لأن المبيع الدينار وهو معين، إلَّا أن يراعى ما قاله القاضي، ويجعل الثمن النقد مطلقًا.

ويخرج لك من هذا: أنه ليس لنا بيع لفظًا ومعنى متفق عليه، إلَّا إذا باع معينًا بنقد، وما سوى ذلك يتردد في أنه بيع أو سلم.

وفي مسألة الماوردي[3] يأتي وجه آخر بفساد العقد لتغير النظم إذا قلنا: لا ثمن إلَّا النقد، فإنه جعل الثمن غير نقد، وهو وجه ضعيف.

واعلم أن بين طريقة القاضي حسين وطريقة غيره تباينًا، فإن القاضي يقول: إذا ورد العقد بلفظ الشراء، فإن كانت الحنطة في الذمة والدراهم رأس مال.

فإن قلنا: الثمن النقد فهو سلم، وإلَّا فهو بيع، وإن كانت الدراهم في الذمة ورأس المال عرض. **فإن قلنا:** الثمن كان بيعًا وإلَّا كان سلمًا، والبغوي[4] والرافعي[5] في طائفة يقولون: هو بيع مطلقًا اعتبارًا بلفظه.

والعراقيون يقولون: هو سلم اعتبارًا بمعناه، فالتفصيل الذي ذكره القاضي مخالف للعراقيين عند جميع الأصحاب.

---

(١) في المخطوطة: «بالتمويه».
(٢)(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٨٩).
(٤) التهذيب (٤/ ٥٣٠).
(٥) فتح العزيز (٩/ ٢٢٤).

فائدة:

احترز المصنف بقوله: «نوع بيع» عن النكاح والخلع، وقوله: «يقتضي القبض في المجلس» [٨٢/أ] .

قال القلعي[(١)]: الظاهر أنه لم يأتِ به للاحتراز، بل لتقريب السنة بين الأصل والفرع، قال: ويحتمل أن يحترز به عن الإجارة، إذا قال: بعتك منفعتها شهرًا، لم يصح على أحد الوجهين، ولو قال: بعتك هذه الدار شهرًا، لم تنعقد إجارة قولًا[(٢)] واحدًا، بل يكون بيعًا فاسدًا[(٣)].

تنبيه:

محل الوجهين في مسألة الكتاب ما إذا كان الثمن معينًا كما سبق تمثيله، أو في الذمة، ثم عين في المجلس، كقوله: اشتريت منك طعامًا صفته كذا بدرهم في ذمتي ثم يعينه في المجلس، أما لو تفرقا من غير تعيين، فلا يصح بلا خلاف؛ **لأنه على الوجه الأول:** بيع دين بدين، **وعلى الثاني:** سلم لم يقبض رأس ماله، هكذا نبه عليه الفارقي، وإسماعيل الحضرمي[(٤)]، ونقله

---

(١) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن علي بن الحسن بن علي بن أبي علي القلعي، ذكر الجندي في «السلوك» أن القلعي نسبة إلى قلعة حلب، وقيل: قلعة بالمغرب، وذكر محمد بن علي باطحن الظفاري أن أصله من المغرب ومولده بمصر، وقال ياقوت: قلعة باليمن، وقال ابن قاضي شهبة: قلعة بالقرب من ظفار، عاش الإمام القلعي في زبيد في اليمن، ونشأ بها، وأخذ الفقه على فقهائها ومن شيوخه بها: محمد بن أبي عقامة التغلبي، وعاصر فيها دولة بني نجاح المماليك، وخرج منها بعد استيلاء علي بن مهدي عليها سنة ٥٥٤ هـ، فخرج القلعي إلى عدن وتوجه إلى بغداد وتوقف بمرباط واستقر بها في عهد المنجويين، ومات بمرباط سنة ٥٧٧ هـ. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٦/ ١٥٥)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ٣٩).

(٢) كرر هنا قوله: قولًا. وهي زيادة بدون فائدة.

(٣) انظر: بحر المذهب (٧/ ١٠٣)، الوسيط في المذهب (٤/ ١٥٤)، فتح العزيز (١٢/ ١٩١).

(٤) هو: إسماعيل بن محمد بن علي بن عبد الله بن إسماعيل الحضرميّ، قطب الدين، من فقهاء الشافعية، أصله من حضرموت، ومولده ووفاته في قرية الضحيّ «كغنيّ» من أعمال =

عن المحاملي، ورأيته في «التجريد» للمحاملي بزيادة «أنه لا بد من قبضه»، وكأنه أطلق القبض، وأراد به التعيين، أو فرعه على أحد الوجهين أن القبض شرط فيه وإن كان بيعًا.

وفي الرافعي أنه: «إن جعلناه سلمًا، وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس، وإن جعلناه بيعًا لم يجب»[1]، وهو مشكل.

والذي يظهر أن هذا من بيع الدين بالدين الذي انعقد الإجماع على بطلانه في الشافعي في «الأم»: «أنا سعيد بن سالم، عن ابن جريج، عن عطاء قال: لا بأس أن يبيع السلعة بالسلعة، إحداهما ناجزة، والأخرى دين، أنا سعيد، عن بن جريج، عن عطاء أنه قال له: أبيع السلعة بالسلعة كلتاهما دين، فكرهه.

قال الشافعي: وبهذا نقول: لا يصلح أن يبيع دينًا بدين، وهذا يُرْوَى عن النبي ﷺ من وجه»[2].

وإذا أُرِيْدَ تصحيح كلام الرافعي، فليجعل الضمير في «لم يجب» عائدًا على التسليم وحده لا على التعيين، ومما يتفرع على جعله بيعًا جواز خيار الشرط فيه.

وفي الاعتياض عن الثوب طريقان:

إحداهما: أنه على القولين في الثمن.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأنه مقصود الحبس كالمبيع؛ لأن من تمامه

= المهجم» التابعة لزبيد، صنف كتبًا، منها: «عمدة القوي والضعيف الكاشف لما وقع في وسيط الواحدي من التبديل والتحريف»، و«شرح المهذب» في فقه الشافعية، تُوفِّيَ سنة: ٦٧٦هـ = ١٢٧٨م. انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٨/ ١٣٠)، طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٢/ ١٣١).

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٢٥).

(٢) الأم (٣/ ٩٩).

انقضاء الخيار، وعلى جعله سلمًا لا يثبت شيء من هذه الأحكام، ويمتنع الاعتياض عن المسلم فيه.

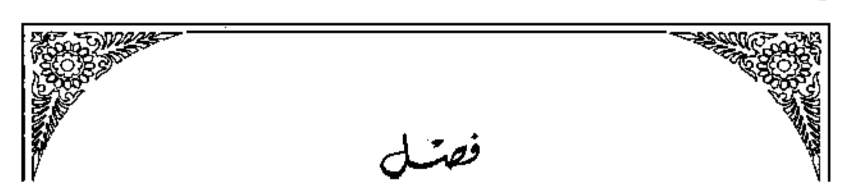


شروط السلم التي إذا وجد معها صح قطعًا، عشرة:

تعيين رأس المال، ووصفه، وقبضه، ووصف المسلم فيه، وعلم أجله، وقدره، وموضعه، وأمن وجوده في محله، وأن يعقد بلفظ السلم بلا شرط خيار.



قال:



فصل

[خيار المجلس والشرط]

ويثبت فيه خيار المجلس؛ لقوله ﷺ: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

الشرح

هذا لا خلاف فيه، والاستدلال له بالحديث يدل على شمول البيع عند الإطلاق للسلم، كما قدمناه، وأنه لا يختص ببيع الأعيان ولا بلفظ مخصوص، فإن كان أحد من الأصحاب تنازع في ذلك، فطريقه أن يجعل ثبوت الخيار هنا [٨٢/ب] مستندًا إلى القياس لا إلى النص وحده.

* * *

قال:

فصل

ولا يثبت فيه خيار الشرط؛ لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه؛ ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العِوَض، فلو أثبتنا فيه خيار الشرط، أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه.

الشَّرْحُ

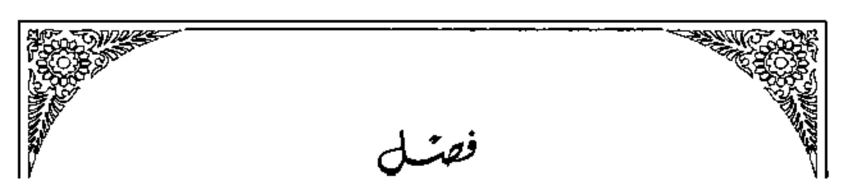
هذا الحكم لا خلاف فيه، وقاسوه على الصرف، والمصنف صرح بالمعنى الذي لأجله امتنع هنا وفي الصرف؛ لأنه متى يثبت خيار الشرط أمكن أن يتفرقا قبل انقضاءٍ، وذلك تفرق قبل تمامه على هذا التقدير قطعًا، والتفرق قبل تمامه محذور بدليل امتناع التفرق قبل قبض العوض؛ ولأنه لو شرط الخيار وفسخ بعد القبض والتفرق، صار القبض كلا قبض، فكأنهما تفرقا من غير قبض.

ولو شرط أن المسلم إليه عند انقضاء الأجل بالخيار عند المسلم ورد رأس مال السلم، لم يجز نص عليه.

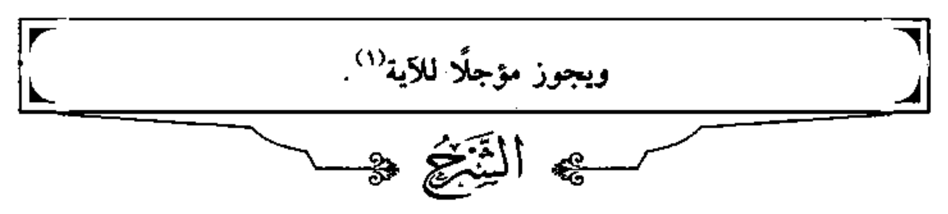
وكذلك إذا قال: إن حبستني عن رأس مالي، فلي زيادة كذا.



قال:


فصل

[السلم المؤجل والحال، والمعلوم والمعدوم]


ويجوز مؤجلًا للآية[(١)].

الشرح

الآية الكريمة دالة على ذلك بالطريق السابق، وحديث ابن عباس الذي سيأتي صريح في ذلك، وإجماع القائلين به.

* * *

(١) وهي قوله تعالى: ﴿إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى﴾ [البقرة: ٢٨٢].

قال:

ويجوز حالًا؛ لأنه إذا جاز مؤجلًا فلأَنْ يجوز حالًا، وهو من الغرر [١] أبعد، أولى.



لا خلاف عندنا في ذلك[٢]، وممن قال به: عطاء في آخر أمره، والأوزاعي، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة[٣] وغيره من فقهاء العراق: والظاهر به لا يجوز حالًا؛ لحديث ابن عباس الآتي؛ إذ فيه: «**مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ**»[٤]. وقياسًا على الإجارة؛ لأن كلًّا منهما لا يشترط فيه ملك المعقود عليه في الحال، وتمسكًا بدلالة اسم السلم على التأجيل، وحكى ذلك عن [الأوزاعي][٥] وأحمد[٦]، والمشهور عن مالك كمذهبنا[٧].

وقال عبد الوهاب: إن الصحيح من مذهبه اشتراط الأجل[٨].

والجواب عن الحديث: أن المراد كون الأجل معلومًا إذا كان إلى أجل،

---

(١) زاد في المخطوطة: «أولى»، والصواب ما أثبتناه كما في المهذب.

(٢) الحاوي (٥/ ٣٩٦)، أسنى المطالب (٢/ ١٢٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٥)، البجيرمي على المنهج (٢/ ٣٢٩).

(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٧)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٤)، فتح القدير (٧/ ٨٦).

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

(٥) في المخطوطة: «والأوزاعي».

(٦) انظر: الفروع (٦/ ١٤٥)، الإنصاف (٥/ ٧٧)، المبدع (٣/ ٣٦٦).

(٧) انظر: التاج والإكليل (٦/ ٤٩٩)، حاشية الخرشي (٥/ ٢١٢)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٨).

(٨) المعونة على مذهب عالم المدينة (ص: ٩٨٨).

وأما اشتراط الأجل فلا، كما لا يشترط أن يكون مكيلًا أو موزونًا.

وقد وافق أبو حنيفة[١] على جواز السلم في المزروع، وزاد فقال في المعدود بالعدد، فإن قالوا الحديث في الثمار، وهي إما مكيلة أو موزونة.

قلنا: فإذا اختص[٢] بسببه، فهي بسلم فيها، وهي معدومة، وحينئذٍ الأجل شرط فيها عندنا وعندكم، ولعل الحديث ورد وهي معدومة، وعن الإجارة أن ذلك ليس بتأجيل، بل لتقدير المعقود عليه؛ ولذلك إذا أمكن التقدير بالعمل لا يشترط، وعن التمسك بالاسم، فإن اسم السلم وضع (١/٨٣) ⇑ لتعجيل عاجل، وأما كون مقابله مؤجلًا، فلا دلالة له عليه، ولئن سلمناه، فكونه دينًا كافٍ في ذلك.

واستدل الأصحاب أيضًا: بأنه عقد معاوضة لا يشترط فيه التنجيم، فلا يشترط فيه التأجيل كالبيع، والمسلم فيه لا يجب تعيينه، فهو كالثمن يجوز حالًّا ومؤجلًا، ورأس المال يجب تعيينه، فأشبه المبيع لا يدخل فيه الأجل.

والدليل المذكور في الكتاب [هو][٣] دليل الشافعي. وقد استدل الشافعي والبيهقي بأشياء لم يظهر لي الاستدلال بها إلَّا إن ثبت أن حكم المسلم فيه حكم الأثمان الثابتة في الذمة.

منها: أن رسول الله ابتاع من أعرابي جزورًا بتمر، وكان يرى أن التمر عنده، فإذا بعضه عنده وبعضه ليس عنده فَأَبَى، فاستسلف له النبي ﷺ تمره فدفعه إليه.

واستدلال المصنف يسبقه به الشافعي، واعترضوا بالكتابة، فإنها جوزت

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٨، ٢٠٩)، المحيط البرهاني (٧/ ١٧٣)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧١)، البحر الرائق (٦/ ١٧٠)، مجمع الأنهر (٣/ ١٣٩).

(٢) زيدَ هنا في المخطوطة: «فإذا اختص». وهي زيادة بدون فائدة.

(٣) في المخطوطة: «هي»، والصواب ما أثبتناه.

مؤجلة مع الغرر، ولم يجر حاله.

وأجاب الأصحاب: أن الأجل فيها نفي للغرر، والحلول إثبات له؛ لعدم قدرة العبد، ولم [ير نص الإمام ذلك][١]، وأجاب بأن السلم موضوع لمصالح المعاملات وليس نائبًا عنها؛ أي: الكتابة، فلما تعذر الكتابة، وكان ذلك لأجل الرفق، فإذا زال الرفق فارقت موردها الشرعي.



إذا ثبت جوازه حالًّا ومؤجلًا، فما الأصل فيه منهما فيه ثلاثة أوجه في «الحاوي»: «**أحدها**: التأجيل، والحلول رخصة.

والثاني: عكسه.

والثالث: هما سواء؛ لقيام الدليل عليهما»[٢].

فلو شرط في حلول أو تأجيل اتبع، وإن أطلق فقيل: يبطل، والأصح الصحة، ويحمل على الحلول، وسيأتي ذلك في كلام المصنف.



(١) كذا في المخطوطة.

(٢) الحاوي (٥/ ٣٩٦، ٣٩٧). بمعناه.

قال:

ويجوز في [المعدوم][١] إذا كان موجودًا عند المحل؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يُسلفونَ في الثمار السنتين والثلاث، فقال: «أَسْلِفُوا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، فلو لم يجز السلف في المعدوم لنهاهم عن السلف في الثمار السنتين والثلاث.



هذا الحديث متفق عليه، رواه البخاري[٢] ومسلم[٣] واتفق أصحابنا على حكم المسألة[٤] خلافًا لأبي حنيفة[٥]، ومالك في رواية[٦].

أما أبو حنيفة: فاشترط وجوده من العقد إلى المحل، ووافقه النووي[٧] والأوزاعي، والحديث حجة عليهم؛ لأن الثمار معلوم أنها لا تبقى السنتين والثلاث، فلو اشترط ذلك لم يصح السلم في الرطب إلى هذه المدة، ولنهاهم النبي ﷺ عنه، وهذا دليل الشافعي في «الأم»[٨].

وأما مالك، فالذي رأيته في كتب بعض أصحابه كمذهبنا، ولكن

---

(١) في المخطوطة: «العدوم».

(٢) البخاري (٢٢٤٠).　　(٣) مسلم (١٦٠٤).

(٤) انظر: فتح العزيز (٩/ ٢٤٣)، أسنى المطالب (٢/ ٢٦)، مغني المحتاج (٢/ ١٠٦).

(٥) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، المحيط البرهاني (٧/ ١٥٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، فتح القدير (٧/ ٩٠).

(٦) انظر: عيون المسائل (ص: ٤٢١)، الاستذكار (٦/ ٣٨٥)، المنتقى للباجي (٤/ ٣٠٠)، منح الجليل (٥/ ٣٧٤).

(٧) روضة الطالبين (٤/ ١١).

(٨) الأم (٣/ ١٠٢).

أصحابنا ﵀ [٨٣/ب] نقلوا عنه رواية أنه اشترط وجوده عند العقد، وعند المحل دون ما بينهما، وهذا وإن لم يكن الحديث صريحًا في رده، لكنه لا معنى له.

قال الأصحاب: ما قبل المحل ليس محلًّا للتسليم، فلم يكن وجوده فيه شرطًا كما بعد المحل.

واحتجت الحنفية بحديث من رواية أبي إسحاق عن رجل من نجران عن ابن عمر، أن رسول الله ﷺ قال: «**لَا تُسْلِمُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ**». يعني: في ثمر النخل. رواه أبو داود[١] والبيهقي[٢].

ونهيه ﷺ حكيمًا عن بيع ما ليس عنده، وبأنه قد يموت المسلم إليه قبل المحل، فيستحق عليه، فينبغي أن يكون شرطًا كما عند المحل.

واحتجت المالكية بقياس الابتداء على الانتهاء، فلما كانت القدرة عند المحل شرطًا كانت عند العقد شرطًا بطريق الأَوْلَى، ألا ترى أن العبد الآبق تعتبر القدرة عليه عند العقد، ولا تعتبر ما بعد ذلك.

والجواب عن الحديث أنه من رواية رجل من أهل نجران وهو مجهول، ثم لو صح لحُمِلَ على بيع الأعيان، كما حمل حديث حكيم على بيع الأعيان، واحتمال موت المسلم إليه لا نظر إليه؛ لأن الأصل السلامة، وإلا لأبطلنا كل عقد لاحتمال التلف.

وأما ما ذكرته المالكية، فذلك في بيوع الأعيان، أما السلم، فحال المحل أقوى من حال العقد؛ لأنه لو كان موجودًا عند العقد معدومًا عند المحل كان باطلًا.

---

(١) في سننه (٣/ ٢٩٣) (برقم: ٣٤٦٩).

(٢) في الكبرى (٦/ ٢٤) (برقم: ١٠٨٩٦).

تنبيه:

القدرة عند المحل شرط بلا خلاف عندنا وعندهم، وهي ها هنا بمثابة القدرة على التسليم في بيع الأعيان حالة العقد، فلا يجوز السلم الحال إلا في موجود عند العقد بلا خلاف.

تنبيه آخر:

المراد بالمعدوم: ألَّا يكون عند المسلم إليه ولا عند غيره، أما المعدوم عند المسلم إليه، وهو موجود عند غيره، فلا خلاف في جوازه، ففي البخاري عن ابن أبي أوفى قال: «إِنْ كُنَّا نُسْلِفُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالزَّبِيبِ إِلَى قَوْمٍ مَا هُوَ عِنْدَهُمْ»(١).

وسأل محمد بن أبي المجالد عبد الرحمن بن أبزى، وعبد الله بن أبي أوفى عن السلف، فقالا: «كُنَّا نُصِيبُ الْمَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ، وَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنَ الشَّامِ، فَنُسْلِفُهُمْ فِي الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالزَّيْتِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى، قَالَ: أَكَانَ لَهُمْ زَرْعٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ؟ قَالَ: مَا كُنَّا نَسْأَلُهُمْ»(٢).

فرع «أسلم إلى محرم في صيد إلى أجل يعلم خروجه من الإحرام عنده»(٣)، قال في «البحر»: «الأظهر جواز السلم»(٤)، وفي النسخة سقم.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٢) من طريق وكيع عن شعبة دون زيادة «إِلَى قَوْمٍ مَا هُوَ عِنْدَهُمْ». وأخرجه أبو داود (٣٤٦٦) من طريق ابن كثير عن شعبة بهذه الزيادة، وقال: هذه الزيادة من ابن كثير.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٥٤).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٧١).

(٤) المصدر السابق.

والذي فهمت منه أنه على القول يحل الصيد بالتحلل الأول، وأن فوات وقت رمي الجمرة يفيد التحلل، وأن الحلق ليس بنسك، ويكون السلم بعد الوقوف؛ ليعلم يقينًا أنه لو بقي على شرط التكليف أبيح له الصيد.

ومقتضى ذلك: أنه لا يصح من[1] [١/٨٤] المحرم إلَّا بهذه الشروط.

※ ※ ※

(١) زيدَ هنا في المخطوطة: «من».

قال:

ويجوز السلم في الموجود؛ لأنه إذا جاز [السلم][١] في المعدوم، فلأن يجوز في الموجود أولى؛ لأنه أبعد من الغرر.

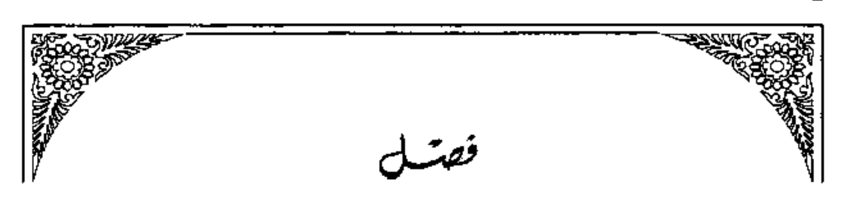

الشرح

هذا لا خلاف فيه، فهو غني عن القياس على ما هو مختلف فيه، لكن المصنف لما أثبت ذلك بالنص أحبَّ أن يقيس هذا عليه، ووجه القياس والأولوية ظاهر.



(١) من المطبوع من المهذب.

قال:



فصل

[أنواع المسلم فيه]

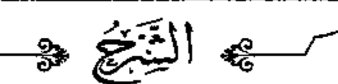
ويجوز السلم في كل [ما][1] يجوز بيعه، وتضبط صفاته، كالأثمان، والحبوب، والثمار، والثياب، والعبيد، والجواري، والأصواف، والأشعار، والأخشاب، والأحجار، والطين، والفخار، والحديد، والرصاص، والبلور، والزجاج، وغير ذلك من الأموال التي تباع وتضبط بالصفات.

والدليل عليه حديث ابن عباس في الثمار، وروى عبد الله بن أبي أوفى قال: «كنا نسلف ورسول الله ﷺ فينا في الزيت، والحنطة».

وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أن النبي ﷺ أمره أن يجهز جيشًا فنفدت الإبل، فأمره أن يأخذ على قلاص صدقة، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة.

وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: - في السلم في الكرابيس - إذا كان ذراعًا معلومًا إلى أجل معلوم، فلا بأس.

وعن أبي النضر قال: سُئل عمر رضي الله عنه عن السلم في السرق، فقال: لا بأس - والسرق: الحرير -، فيثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار، وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ما ثبت بالأخبار؛ لأنه في معناه.



الشرح

(١) في المطبوع من المهذب: «مال».

حديث ابن عباس في الثمار تقدم[١]، وحديث ابن أبي أوفى في البخاري[٢]، وقد ذكرناه قريبًا، وفيه - أيضًا - الشعير والتمر، ولم يذكرهما المصنف، وفي رواية سفيان الثوري: الزيت كما ذكر المصنف، وفي رواية سليمان الشيباني: الزبيب بدل الزيت، وفي رواية شعبة: الزبيب أو التمر على الشك.

وقول الصحابي: كنا نفعل على عهد رسول الله ﷺ كذا حجة عند المحدثين والأصوليين.

وفي البخاري - أيضًا - أن الذي سأل ابن أبي أوفى عن ذلك سأل عبد الرحمن بن أبزى، فقال: كان أصحاب رسول الله ﷺ، وهذه أصرح من قول ابن أبي أوفى: كنا، وبيان لمعناها، وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رواه أبو داود[٣] بسند فيه محمد بن إسحاق، واختلف عليه في إسناده ولفظه كما ذكر المصنف.

ورُوي من طريق أخرى صحيحة إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله ابن عمرو تقريب من معناه، ورواه الحاكم[٤] من طريق أخرى، وقال: إنه على شرط مسلم، وعلى كل حال، فليس فيه دليل على السلم في الحيوان، بل على أنه يثبت في الذمة ثمنًا، وقد تقدم [٨٤/ب] أن الشافعي وغيره استدلوا بمثل ذلك على السلم؛ لاشتراكهما في الدَّينية، وفيه نظر. نعم لفظ الحديث.

وقوله: «أخذ على إبل الصدقة»، يحتمل أن يكون إبلًا في ذمته بإبل يأخذها عاجلًا، وهذا معنى السلم، فيصح الاستدلال، ويحتمل أن يأخذ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٥٤).

(٣) أبو داود (٣/ ٢٩٢) (برقم: ٣٤٦٨).

(٤) في المستدرك (٢٢٩٠).

الإبل المعجلة بالإبل التي في ذمته على وجه الشراء، وهو الذي رواه الدارقطني في «سننه»[١]، فينبني على أن الثمن ماذا؟ فإن قلنا: النقد، فها هنا لا ثمن، فيكون سلمًا - أيضًا - كما يقتضيه كلام الإمام[٢]، فيما إذا أسلم، وإن كان فيه نظر؛ لأنه يلزم أن كل بيع بعوض في الذمة غير النقود يشترط قبض المبيع فيه في المجلس، فإن ثبت؛ ذلك صح الاستدلال أيضًا.

وإن[٣] قلنا: الثمن ما دخلت عليه الباء، فلا يلزم من جعلها ثمنًا جواز السلم فيها، إلا أن يثبت أن كل ما صح ثبوته في الذمة بالمعاوضة صح السلم فيه، لكن المقصود بيان أن الحيوان يجوز أن يكون دينًا في الجملة.

وقد اتفق الشافعي والأصحاب على جواز السلم في الحيوان[٤]، واستدلوا من هذا الجنس بإبل الدية، وبأن النبي ﷺ «اسْتَسْلَفَ بَكْرًا»[٥]، وهو حديث صحيح، «وَعَنْ عَلِيٍّ: أَنَّهُ بَاعَ جَمَلًا لَهُ يُقَالُ لَهُ: عُصَيْفِير بِعِشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ»[٦]، «وَاشْتَرَى ابْنُ عُمَرَ رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أَبْعِرَةٍ مَضْمُونَةٍ عَلَيْهِ، يُوفِيهَا صَاحِبَهَا بِالرَّبَذَةِ»[٧]، وعن ابن شهاب: «لَا بَأْسَ بِالْحَيَوَانِ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ إِلَى أَجَلٍ».

وكان ابن عمر، وابن عباس، والحسن، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسعيد بن المسيب، وطاوس، وعطاء، ومجاهد، والزهري، ومالك[٨]،

---

(١) سنن الدارقطني (٣/ ٦٩) (برقم: ٢٦٢).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢١).

(٣) كرر هنا «وإن»، وهي زيادة بدون فائدة.

(٤) انظر: الأم (٣/ ١١٨)، الحاوي (٥/ ٣٩٩)، نهاية المطلب (٦/ ٢٠)، البيان (٥/ ٣٩٨).

(٥) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

(٦) أخرجه مالك (١٣٣٠)، عبد الرزاق (١٤١٤٢) بسند منقطع. وانظر: الإرواء (١٣٧٢).

(٧) أخرجه البخاري معلقًا (٣/ ٨٣).

(٨) انظر: التمهيد (٤/ ٦٢ - ٦٤)، البيان والتحصيل (٧/ ١١٠)، بداية المجتهد (٣/ ٢١٧، ٢١٨).

والأوزاعي، وأحمد[١]، وإسحاق[٢]: لا يرون بأسًا بالسلف في الحيوان.

ورُوي عن ابن مسعود: كراهيته بسند فيه مقال[٣].

واحتجت الحنفية[٤] بذلك، فمنعوا السلم في الحيوان.

قال الشافعي: «قلت لمحمد بن الحسن أنت أخبرتني عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي البختري أن بني عمٍّ لعثمان بن عفان أتوا واديًا، فصنعوا شيئًا في إبل رجل قطعوا به لبن إبله وقتلوا فصالها، فأتى عثمان بن عفان وعنده ابن مسعود فرضي بحكم ابن مسعود، فحكم أن يعطي بواديه إبلًا مثل إبله، وفصالًا مثل فصاله، فأنفذ ذلك عثمان»[٥]، ومراد الشافعي من ذلك ثبوته دينًا كما سبق.

وقد رُوي عن عمر منقطعًا، وحذيفة، وسريج، والضحاك في آخر قوليه، وسعيد بن جبير: كراهة السلم في الحيوان[٦]، وممن قال به: النووي[٧] وأصحاب الرأي[٨]، وعندهم أن الحيوان لا يضبط بالصفة مع أنهم قد أثبتوه في الذمة في الصداق والخلع وغيرهما.

---

(١) انظر: الروايتين والوجهين (١/ ٢٠٤)، الإنصاف (٥/ ٦٧)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٠)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢٠٩).

(٢) مسائل إسحاق بن منصور (١٨٦٠).

(٣) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١٠٦).

(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ٢٢٩، ٢٣٠)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٢)، الهداية (٣/ ٧١ - ٧٢)، المحيط البرهاني (٧/ ١٦٢)، فتح القدير (٧/ ٧٩)، البحر الرائق (٦/ ١٧١)، مجمع الأنهر (٣/ ١٤٠).

(٥) الأم (٣/ ١٢٣).

(٦) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١٠٦).

(٧) لم أجد في كتب النووي القول بكراهية السلم في الحيوان. فقال في روضة الطالبين (٤/ ١٨): «يجوز السلم في الحيوان». وفي منهاج الطالبين (ص: ١١١): «يصح في الحيوان».

(٨) انظر مصادر الأحناف السابقة.

ومن جملة ما استدل به أصحابنا على وصفه؛ قوله ﷺ: «**لَا تُبَاشِرُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ، فَتَنْعَتَهَا**[1] **لِزَوْجِهَا كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا**»[2].

[١/٨٥] وقد روى يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ «**نَهَى عَنِ السَّلَفِ فِي الْحَيَوَانِ**»، قال الحاكم في «المستدرك[3]» هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

قلت: وفي حكمه بصحته نظر، فإن ابن السمعاني قال: إنه لم يثبت ذكر ذلك في «الاصطلام»[4]، وأيضًا - فإني نظرته في حديث يحيى بن أبي كثير مع أحاديث في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والناس تكلموا على بيع الحيوان نسيئة، وقالوا: الصحيح أنه مرسل.

والقلاص جمع قلوص، وهي الناقة يقال: هي الباقية من النوق على السير، ويقال: بل هي الطويلة القوائم[5]، وأما أخذه إلى إبل الصدقة، فلعل المقصود أنه إذا جاءت إبل الصدقة كثرت الإبل، وأمكنه تحصيل ما التزمه، وإلا فكيف يجوز أن نعطي من إبل الصدقة، وهي لأصناف مخصوصين، فيحمل على ما ذكرناه، وعلى أنه كان أجلًا معلومًا، فقد جاء في رواية أخرى: «**إِلَى خُرُوجِ الْمُصَدِّقِ**»[6]، ويقال: إن خروج المصدق كان في أول المحرم.

وأَثَرُ ابن عباس في الكاربيس رواه البيهقي من طريق سعيد بن منصور بسند صحيح إلى القسم بن محمد عنه، والكرابيس جمع كرباس، قال

---

(١) في المخطوطة: «فتبعها»، والصواب ما أثبتناه؛ كما في مصادر التخريج.

(٢) أخرجه البخاري (٥٢٤٠).

(٣) المستدرك (٢/ ٦٥) (برقم: ٢٣٤١).

(٤) «الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة»

(٥) انظر: تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم (ص: ٤٥)، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم (٨/ ٥٦٠٧).

(٦) أخرجه الدارقطني (٣٠٥٢)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٢٨٧).

صاحب «التنقيب» وهو النصافي، وكذلك قال ابن البزري وابن باطيش وغيرهم.

وذكر الشافعي: «أنه لا يعرف خلافًا في أنه يحل أن يسلم في الثياب بصفة»[١]، وذكر في ذلك الحديث المعروف أن النبي ﷺ جعل علَى أهل نجران ثيابًا، وهو كما تقدم مراده أنها صارت دَينًا، ونقل ابن المنذر[٢] الإجماع على السلم في الثياب، وأثر عمر رضي الله عنه لم أجده.

وفي «مصنف ابن أبي شيبة»[٣] أنه رخص في السلم في الحرير ابن تيم، وسالم، والقاسم، وطاوس، ومجاهد، ومحمد بن عطاء، ووكيع، ولرشقق هو ابن معقل ومسروق[٤] والشعبي.

والسرق - بالسين والراء المفتوحتين -: الحرير الأبيض، أصله بالفارسية سره، أي: جيد، فعربوه، واحده سرقة، ومنهم مَن يطلق أن السرق الحرير، كما أطلق المصنف.

قال ابن فارس: «السرقة الحريرة، والجمع سرقة»[٥].

وأبو النضر - بفتح النون، وسكون الضاد المعجمة - اسمه: سالم بن أبي أمية مولى عمر بن عبد الله التيمي، تابعي، ليس له ذكر في الكتاب إلَّا في هذه الموضع، وثبوت جواز السلم فيما رواه بالأخبار المرفوعة ظاهر.

وأما الآثار التي من أقوال الصحابة، فعند من لا يحتج بقول الصحابي محمول على أنها اعتضدت لما يوجب الاحتجاج بها، وثبوته فيما سواه على الوجه الذي ذكره صحيح، واشتراط كونه مما يباع؛ لأن السلم بيع واشتراط

---

(١) الأم (٣/ ١٢٤). (٢) الإجماع (ص: ١٣٥)، الإشراف (٦/ ١١٠).
(٣) مصنف ابن أبي شيبة (٧/ ٢٢٠).
(٤) وردت في المخطوطة: «مسرق»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٥) مجمل اللغة لابن فارس (ص: ٤٩٣).

كونه مما يضبط بالصفة؛ لأن بها يتميز ويصح إيراد العقد عليه.

وخرج بقول المصنف: «يجوز بيعه» النجس، وما لا ينتفع به، وجميع ما ذكره المصنف وهو ستة عشر [٨٥/ب] لا خلاف عندنا في جواز السلم فيها.

إلا الأثمان، فالأصح الذي قطع به الأكثرون الجواز، وعليه نص الشافعي[١].

وفي طريقة الخراسانيين وجه غريب حكاه الإمام[٢] والغزالي[٣] أنه لا يجوز، وهو مذهب أبي حنيفة[٤]؛ لأنها ثمن فلا تكون مثمنًا، فعلى الصحيح المنصوص يشترط أن يكون رأس المال عرضًا، فلو كان نقدًا كإسلام أحد النقدين في الآخر، فإن كان مؤجلًا لم يجز قطعًا، وإن كان حالًا، فكذلك خلافًا للقاضي أبي الطيب، والشيخ أبي حامد في أحد احتماليه.

وإذا أسلم في النقود، فهل يلغى الإطلاق وينزل على الغالب؟ كما في سائر العقود حيث يكون ثمنًا أو لا بد من وصفها؟ فيه وجهان، اقتضى كلام الإمام[٥] في كتاب القاضي إلى القاضي أن الراجح: أنه لا بد من الوصف، وأن في كلام الأصحاب الاكتفاء بالإطلاق في رأس المال، ولأجل ذلك أثبت فيها وهي سلم فيها وجهان، وسيأتي أن المفهوم من كلام الأصحاب الاكتفاء بإطلاقها، إذا كانت رأس مال؛ كما قال، فينبغي أن يكون الراجح عندهم على مقتضى ذلك إطلاقها، وهي سلم فيها؛ إذ لا فرق.

---

(١) انظر: نهاية المطلب (٦/ ٢١)، مغني المحتاج (٢/ ١١٤).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢١).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٠).

(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ١٣٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٨)، مجمع الأنهر (٣/ ١٣٩)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٨٠).

(٥) نهاية المطلب (١٨/ ٤٩٩).

قال الماوردي: «إنه يذكر في الذهب والفضة النوع واللون والخشونة أو اللين والجيد والرديء، وأنه في الدراهم ينسب الضرب إلى تميُّز به، وليس يحتاج إلى غير ذلك من الأوصاف».

واعلم أن الأصحاب أطلقوا أن النقد متى كان في صفقة، فهو الثمن على الأصح، وأطلقوا أن الاستبدال عن الثمن جائز على الصحيح، ومن المعلوم أن الاستبدال عن المسلم فيه لا يجوز، والجمع بين ذلك يتقيد إطلاقهم أن النقد ثمن، فإنه إذا جعل مسلمًا فيه انتقل من كونه ثمنًا إلى كونه مثمنًا؛ ولهذا لما استدلت الحنفية على امتناع السلم فيها بأنها أثمان، فلا يجوز أن تصير مثمنة.

قال المصنف في «النكت» في الجواب: إنه يجوز ذلك، كما يجوز أن يصير العروض أثمانًا.

فهذا الكلام من المصنف يقتضي أنَّا في هذه الصورة لا نسميها ثمنًا، ومن هذا يُعْلَمُ أنه إذا عقد هذا العقد بلفظ الشراء، فإن نظرنا إلى اللفظ؛ كما صححه البغوي[١]، والرافعي[٢] جعلناها ثمنًا، وكان الإستبدال عنها كالاستبدال عن الثمن، وإن نظرنا إلى المعنى كما هو الأصح عند العراقيين كانت مثمنًا، فلا يجوز الاستبدال عنها، والقاضي حسين أطلق القول: «بأنا إذا جعلنا الثمن النقد كان الاستبدال عنها كالاستبدال عن الثمن»، وذلك على ما تقدم من أصله أنه ينبني كون العقد سلمًا أو بيعًا على أن الثمن ماذا؟ والأكثرون لم يبنوه على ذلك.

وتابع الإمام القاضي على ذلك، وقال: «إن لم يجعلها ثمنًا، لم يجز

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٧٠).
(٢) فتح العزيز (٨/ ٤٣٢).

الاعتياض عنها، وفي وجوب تسليم رأس المال الخلاف في كونه سَلَمًا أو بيعًا»[١]، ومما تقدم يُعْرَفُ ضعف الطريقة التي سلكاها، وهذا كله إذا [٧٦/أ] كان بلفظ الشراء.

أما إذا عقد على الدراهم في الذمة بلفظ السلم، فهو سلم، ويمتنع الاستدلال عنه، ولا نسميه ثمنًا كما تقدم.

وعلى الوجه المتقدم عن طريقة المراوزة، يفسد.

وهذه أنواع من غير ما ذكره المصنف مما يجوز السلم فيه، وإن كان لا حصر له الفلوس خلافًا لبعض العلماء حيث كره السلم فيها، وإذا أبطل السلطان المعاملة بها، فهي من العروض بلا خلاف، وإن راجت في المعاملة، فكذلك على الصحيح.

ونقل ابن المنذر: «عن أبي ثور وأصحاب الرأي أنه يسلم فيها عددًا، إذا لم يكن تباينها شديدًا»[٢].

وأما عندنا فالشافعي والأصحاب خرجوا بجواز السلم فيها من غير تقييد، والأقرب أنه يشترط فيها الوزن.

لكن القاضي حسين، والإمام في «النهاية» قال: «إذا قال: اشتريت منك مائة فلس بهذا الثوب، فإن قلنا: هي عروض فلا ثمن»[٣].

فأخذنا من هذا الكلام أنه يجوز ثبوتها في الذمة بالعدد.

وصرح القاضي بجواز الإطلاق، ولا شك أن ذلك فيما إذا لم يختلف، ثم في طرده في السَّلَمِ فيها نظر.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٦). بمعناه.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١١٤).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٢١).

واللحم[١] وفاقًا لعطاء، والزهري، ومالك[٢]، والأوزاعي، وأحمد[٣]، وأبي يوسف، ومحمد، وأبي ثور، خلافًا لأبي حنيفة[٤].

وعن إبراهيم النَّخَعي: كراهيته.

والشحم نقل ابن المنذر الإجماع عليه[٥].

والألية، والكبد، والطحال، والكلية، والرئة، كلها بالوزن.

وصفة اللحم، والسمك، والجراد حيًّا وميتًا، عند عموم وجوده، والمنافع، نقله الشيخ أبو حامد عن «البويطي»؛ فيجوز أن يسلم في تعليم القرآن قاله أبو حامد، والروياني[٦].

قال أصحابنا: من منع السلم في تعليم القرآن، قال: «وقال والدي: الأول أجود؛ لأن الشافعي نص على جواز السلم في المنافع ولم يفصل»[٧].

قلت: وينبغي أن يستثني منافع العقار؛ فيكون السلم فيها ممتنعًا كالسلم في العقار، وكذا منافع كل عين معينة.

ومنها: أنواع العطر كالمسك، وقد ذهب بعض أهل العلم بالمسك إلى أنه سره دابة كالظبي تلقيه في وقت، وأنه لا يحل التطيب به، وكان يحيى بن

---

(١) انظر: الأم (٣/ ١١٤)، البيان (٥/ ٤١٩)، فتح العزيز (٩/ ٢٩٧)، نهاية المطلب (٦/ ٤٣)، روضة الطالبين (٤/ ٢٠)، مغني المحتاج (٢/ ١١١، ١١٢).

(٢) انظر: المدونة (٣/ ٦٦)، الكافي لابن عبد البر (٢/ ٦٩٢)، بداية المجتهد (٣/ ٢١٨)، الذخيرة (٥/ ٢٤٩)، حاشية الخرشي (٥/ ٢١٢).

(٣) انظر: الإنصاف (٥/ ٦٧)، كشاف القناع (٣/ ٢٨٩)، مطالب أولي النهى (٢/ ٢٠٨، ٢٠٩).

(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ٢٣٨ - ٢٣٩)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٢، ٧٣)، المحيط البرهاني (٧/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، فتح القدير (٧/ ٨٤).

(٥) الإجماع (ص:١٣٥)، الأوسط (١٠/ ٣٠٥) طبعة الفلاح.

(٦) بحر المذهب (٥/ ١٧١).

(٧) المصدر السابق.

يحيى التميمي، لا يرى الصلاة فيه، ويذهب إلى أنه دم وميتة؛ لسقوطه من حي حتى لما مات أرسل ابن طاهر مسكًا، فامتنعوا من استعماله فيه؛ لكراهته له في حياته.

ورد الشافعي هذا القول بأن المسك تستحيل إلى طيب، فكان طاهرًا؛ كاللبن والبيض والولد، وإنما النجس ما استحال إلى نتن كالبول والرجيع والدم، فإنه ليس من الطيبات، وبالخبر الذي ورد فيه، وبالإجماع قال الشافعي: «لم أَرَ الناس عندنا اختلفوا في إباحته قط»[(١)].

والعنبر: وهو نبات يخلقه الله في حشاف في البحر، وقد يجده حوت أو طير فيأكله.

وقيل: أنه لا تأكله ⇑ [٨٦/ب] دابة إلا ماتت، فيموت الحوت الذي يأكله، فينبذه البحر، فيوجد فتشق بطنه ويستخرج منه.

قال الشافعي: فيغسل ما ظهر منه إن أصابه شيء من أذاه؛ لأنه متجسد غليظ، ولا أعلم أحدًا خالف في بيعه قال الأصحاب: يصفه، فيقول: عنبر أشهب أو أخضر أو أبيض، وبلده إن كان يختلف بها، وقطعة أو قطعتين أو قطعًا أو فتاتًا، فإن شرط قطعًا فأحضر فتاتًا لم يقبل، ويذكر فيه وفي غيره من أنواع العطر العامة: الوزن، والنوع؛ ويجوز الكافور، واللبان، والمصطكى، وصمغ الشجر كله، والطين الأرمني، والمختوم، وطين البحيرية إن وجد عدلان يعرفانها، فإنه قل مَن يعرفها على الحقيقة، والشب، والكبريت، وعود البخور إذا لم يكن رطبًا، وحجارة الكحل، ولبن الآدميات، والوحوش كالضبع، والثعلب، والفهد، والصقر، والشاهين إذا كانت مأمونة الانقطاع، والطين، والجص، والنَّوْرة، وحجارة الأرجية، والأبنية، والسم الذي يدخل الأدوية كالسقمونيا،

---

(١) الأم (٣/ ١١٥).

والزنجبيل، وغيره مما لا يقتل قليله؛ فأما ما يقتل قليله، فالصحيح منع بيعه، وفيه وجه: أنه يجوز بيعه لقتل الكفار به.

ويجوز في الذوقي السلم في الطلع وجهان في «البحر» أصحهما: الجواز[1].

قال الروياني: «ويجوز في الدروع والحلي مجوفًا ومصمتًا ما لم يُحْشَ برمل، ولا يكون رأس المال ناضًّا»[2].

«ولا يجوز في العود الرطب ولا في التوتيا الهندي؛ لأن وجودهما نادر»[3].

قلت: إن كان وجودهما في محلهما غالبًا، فيجوز السلم في ذلك المحل، ولا يجوز في كل ما له كمام من أرز، وعلس، وحنطة وذرة؛ لاستتاره، نص عليه، ولا في الكَرِش مع ما تعلق به، قاله الروياني[4].

وهذه الأمثلة كلها مجموعة من كلام الشافعي والأصحاب، ولم أذكر إلَّا ما ذكروه، وسيأتي غير ذلك.



أطلق المصنف جواز السلم في البلور، والمعيار فيه الوزن، وقال الماوردي: إنه إن كان عتيقًا، لم يجز السلم فيه.

***

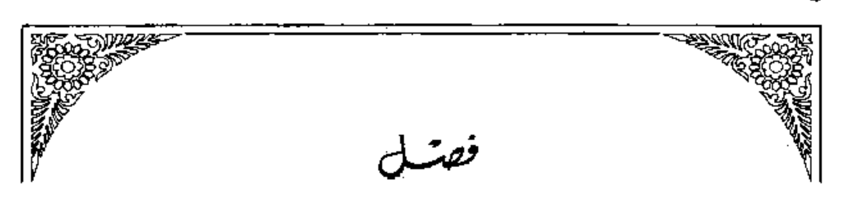
(١) بحر المذهب (٥/ ١٢٩).

(٢) المصدر السابق (٥/ ١٣٣).

(٣) المصدر السابق (٥/ ١٦٢).

(٤) المصدر السابق (٥/ ١٤٨).

قال:



[ما لا يضبط بالصفة]

وأما ما لا يضبط بالصفة، فلا يجوز السلم فيه؛ لأنه يقع البيع فيه على مجهول، وبيع المجهول لا يجوز.



هذا صحيح، والجهالة في الدّين أشد منها في العين، وقد استدل على اشتراط الضبط بالصفة بحديث ابن عباس أيضًا؛ لأنه لما شرط العلم في الكيل والأجل دل على اشتراطه في غيرها فما هو مقصود.



قال:

قال الشافعي رحمه الله:

ولا يجوز السلم في النبل؛ لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا يضبط.



نص الشافعي على ذلك في «المختصر»[1] و«الأم»[2]، **وقسمها الأصحاب ثلاثة أقسام:**

الأول: قبل النحت يجوز السلم فيه قطعًا، [1/87] ويصفه بصفات الخشب، يذكر نوعه، وطوله، وعرضه، ومنبته من سهل أو جبل، وإن كان مدُورًا ذكر دوره بدل عرضه، كما في الخشب، ولا يشترط ذكر الوزن في الأصح.

الثاني: بعد النحت تركيب النصل والريش، فلا يجوز قطعًا لمعنيين:

أحدهما: أنه من المختلطات لما فيه من العقب، والريش، والنصل، والغراء، والخشب.

والثاني: اختلاف وسطه وطرفيه دقة، وغلظًا، ومن أي موضع يأخذ في الدقة والغلظ، فإن وسطه غليظ، وطرفاه دقيقان، ويقدر ضبط ذلك، وقد يكون الريش الذي عليه ريش النسور وهو نجس.

الثالث: بعد النحت، وقبل تركيب النصل والريش، فالمشهور: أنه لا يجوز أيضًا للمعنى الثاني، ويدل عليه إطلاق نصه في «المختصر»[3].

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).

(٢) الأم (٣/ ١٢٧).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).

وحكى الماوردي[1] فيه قولين أصحهما عنده: الجواز، ونسبه إلى نصه في «الأم».

قال الماوردي: وكذلك حكم الْقِسِيِّ[2] على هذه الأقسام الثلاثة والأجوبة.

قال: وأما الرماح، فما طال منها واختلف طول القبة، لم يجز السلم فيها، وما قصر منها واستوت أكعب أسفله وأعلاه جاز إذا عرفت ذلك، فقول المصنف: لأن دقته وغلظه مقصوده ظاهره أن هذا التعليل من كلام الشافعي، ويقتضي ذلك أنه لا فرق بين المريش وغيره.

والذي رأيته في «المختصر»[3] و«الأم»[4]: «في النبل المريش، وعلله بأنه لا يقدر على ذرع ثخانتها ولا صفة ما فيها من ريش وعقب وغيره».

فيحمل كلام المصنف على أن التعليل من جهته على ما ارتضاه من العلة، والنبل السهام العربية لا واحد لها من لفظها، وجمعها نبال وأنبال، ومن غلط العامة قولهم في واحدها: نبلة، وإنما هو: سهم، وقدح، ووصف النبل بالمَرِيش، كما في «التنبيه»[5] هو بفتح الميم وكسر الراء، يقال: رشته أريشه ثلاثي ومصدره: ريش.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٦).

(٢) القسي: هو ثوب يخالطه الحرير منسوب إلى بلاد يقال لها: القس. انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٣/ ٩٦٣)، مختار الصحاح (ص: ٢٥٣).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).

(٤) الأم (٣/ ١٢٧).

(٥) التنبيه (ص: ٩٨).


قال الإمام: «إذا امتنع السلم في النشاب، فالقوس المركب، وهو قوس العجم أولى بالمنع.

والنبعة[1] التي يتخذ منها قوس العرب تأخذ في التخريط من الطرفين، فتتطرق إليه الجهالة»[2].

* * *

(١) النبعة واحدة النبع: شجر ينبت في قُلّة الجبل، تتخذ منه القسي. انظر: القاموس المحيط (ص: ٧٦٥)، المعجم الوسيط (٢/ ٨٩٨).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٦٢).

قال:

ولا يجوز في الجواهر؛ كاللؤلؤ، والعقيق، والياقوت، والفيروزج، والمرجان؛ لأن صفاءها مقصود، وعلى قدر صفائها يكون ثمنها، وذلك لا يضبط بالوصف.



المنع من ذلك وتعليله بعدم ضبطه بالوصف، بأن الكبر فيه، والوزن، مقصودان في «المختصر»[1]، وبأن الصفاء فيه، مقصود في كتب العراقيين، ورأى الإمام[2] تعليل ذلك بعزة الوجود، إذا ضبط بالصفات التي يجب ذكرها؛ لأن ضبطها بالصفات متصور بأن يقول: ياقوتة وزنها [٨٧/ب] وشكلها كذا، لحمية، أو حمرية، أو وردية أو رمانية، ولؤلؤة مدحرجة صافية براقة البياض، وزبرجد أخضر ريحاني، أو سلقي، وإنما المنع أن الأوصاف إن لم يذكرها كانت مجهولة، وإن ذكرت عز وجودها.

واستثنى الخراسانيون، والبغوي[3]، والرافعي[4] من ذلك اللآلئ الصغار التي لا يعز وجودها؛ لقلة الأوصاف المقصودة فيها، ثم اختلفوا فضبطها أكثرهم بما يطلب للسحق والتداوي، وضبطها الشيخ أبو محمد بما وزنه سدس دينار، وإن قصد للتحلي والتزين؛ لعموم وجوده، ولم يتعرض العراقيون لذلك.

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٦٠).

(٣) التهذيب (٣/ ٥٨٢).

(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٧٩).

قال الرافعي: «والوجه أن يكون اعتبار السدس بالتقريب»[١]، وحيث جوزنا، فيجوز بالوزن والكيل، قاله الرافعي، وهو مقتضى قول الأصحاب، ويأتي فيه ما سنذكره عن الإمام من أن ما لا يُعد الكيل فيه ضبطًا لا يصح السَّلم فيه كيلًا، وذكره الرافعي عنه هناك، ولم يذكره هنا.

قال النووي[٢]: فكأنه اختار هنا ما أطلقه الأصحاب، ووافقنا أكثر العلماء على منع السلم في الجواهر، وأجاز ذلك مالك[٣].

فرع كما لا يجوز السلم في الجوهر، لا يجوز أن يكون صداقًا، قاله الشيخ أبو حامد في الكلام مع الحنفية في مسألة السلم في الحيوان وكذلك الْقِسِيِّ.



---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٨٠).

(٢) روضة الطالبين (٥/ ٣٠٢).

(٣) انظر: الذخيرة (٥/ ٢٤١)، الخرشي (٥/ ٢٢٦)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٩).

قال:

ولا يجوز السلم في الجلود؛ لأن جلد الأوراك غليظ، وجلد البطن رقيق، ولا يُضبط قدر رقته وغلظه، ولأنه مجهول المقدار؛ لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه.



نص «المختصر»[1] و«البويطي»[2] وغيرهما هكذا مطلق، وهو فيما إذا كانت غير مقطوعة على التناسب لا خلاف فيه، وفيما إذا كانت مقطوعة على التناسب وجهان في «الحاوي»[3] و«النهاية»[4] و«الوسيط»[5].

قال أبو الفياض، وأبو حامد: يجوز لانتفاء الغرر، وبه جزم البغوي[6] وابن داود في «شرح المختصر»، والرافعي[7]، وهو الأفقه، وهو الأصح عند الإمام[8].

وقال الأكثرون: وهو ظاهر النص لا يجوز للتفاوت في الرقة والغلظ، ومثل الإمام[9] والغزالي[10] محل الخلاف بالنعال السِّبتية؛ يعني: جلود

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).
(٢) مختصر البويطي (ص:٦١٨).
(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٦).
(٤) نهاية المطلب (٦/ ٦١).
(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٢).
(٦) التهذيب (٣/ ٥٨٢).
(٧) فتح العزيز (٩/ ٣١٨).
(٨) انظر مصدره السابق.
(٩) انظر مصدره السابق.
(١٠) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٢).

البقر المدبوغة بالقرظ، ومراده بها هنا: التي هي طاق واحدة، وكذلك ذكرها البغوي[١]، وجزم فيها بالجواز، وفي مربعات الصرم، ومثله الماوردي[٢] بقلعة من جلود السِّبت مقدره الطول، والعرض، موصوفه اللون والثخن، وعلل المنع بأنه من جملة لا يصح السلم فيها، وبه جزم الشيخ أبو حامد، والقلعي هي النعال غير المشركة.

قال ابن الرفعة: «وقد ذكر بعض الشارحين أن وجه الجواز معتد بما إذا ضبط بالوزن، وذلك إن كان بمفرده [٨٨/أ] كان الأشبه البطلان، وإن كان مع الدرع، فقد يفضي إلى عزة الوجود فلا يصح»[٣].

قلت: والبغوي[٤] والرافعي[٥] حيث ذكرا الجواز فبدأه بالوزن، والإمام[٦] أيضًا، قال: والاعتماد لا محالة على الوزن، وما ذكره ابن الرفعة من عزة الوجود فيه نظر، فإن من المسلم فيه ما يمتنع الجمع فيه بين ذلك كالثياب على الأصح، ومنه ما لا يمتنع، كما سيأتي في الآجر والبطيخ، فإلحاق الجلود بأحد القسمين فيه نظر.



---

(١) التهذيب (٣/ ٥٨٢).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٦).

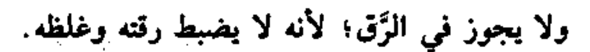
(٣) كفاية النبيه (٩/ ٣٤٥، ٣٤٦). بمعناه.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق.

قال:



ولا يجوز في الرَّق؛ لأنه لا يضبط رقته وغلظه.



الشرح

هو منصوص عليه أيضًا، وفيه مع ذلك أنه يقطع الشَّعر من عليه، فربما أثر ذلك فيه ويشبه أن يأتي فيها الوجه المتقدم في الجلود.



قال:

ويجوز في الورق؛ لأنه معلوم القدر معلوم الصفة.



نص عليه في «البويطي»[1]، وعامة الأصحاب، الشيخ أبو حامد، والماوردي[2]، والرافعي[3]، وغيره.

قال الروياني[4]: ورأيت عن بعض أصحابنا وجهًا: أنه لا يجوز كالجلد وهو غلط، ويشترط فيه بيان النوع والطول والعرض والجودة والدقة أو الغلظ واستواء الصنعة هذا.

قال الشافعي في «الأم»: «وعلق القول بجوازه على أن يكون معروفًا بهذه الصفات، فإن اختلف بالبلد ذكرها. قال: فإن ترك من هذا شيئًا لم يجز.

قال: ولا أحسبها بهذا إلَّا مضبوطة، أو ضبطها أصح من ضبط الثياب أو مثله»[5]، وبقي مما لم يذكره الشافعي الزمان، ولا بد منه مثل كونه [صيفيًّا][6] أو مستويًا، وقد يقال: إنه إذا ذكر النوع والبلد والزمان كقوله: فرخ مصري صيفي أغنى عن ذكر الطول والعرض؛ لأنه قطع معروف، وكذلك المنصوري والدمشقي وغيرها كل نوع منها معروف المقدار، فليحمل اشتراط ذلك على ما إذا لم يكن معلومًا، ولا بد من ذكر الصقال.

---

(١) مختصر البويطي (ص:٦١٨).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

(٣) المصدر السابق.

(٤) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).

(٥) الأم (٣/ ١٢٥-١٢٦).

(٦) في المخطوطة: «صفيًّا».

وأما الرقة والثخن، فلا يمكن ضبطه، وإن كان يختلف باختلاف عرف الورق، فيحمل على الوسط من ذلك.

قال الماوردي[١]: ويجوز السلم فيه [رسوبًا][٢] عددًا، فأما القراطيس الظهور، فإن كانت للغسل؛ جاز السلم فيها وزنًا لا غير، وإن كانت من الظهور المقروءة لم يجز السلم فيها لاختلافها، وكذلك غير الماوردي صرح بجواز السلم فيه بالعدد، وقالوا هم والرافعي[٣]: إن الوزن فيه أحوط، والروياني[٤] لما ذكر الجواز قيده بالوزن، ولعل ذلك منه ليس على سبيل الاشتراط.

* * *

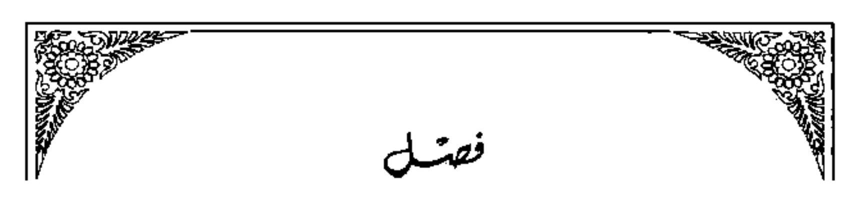
(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

(٢) رسمت هكذا.

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

(٤) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).

قال:



[السلم فيما عملت فيه النار]

ولا يجوز فيما عمل فيه النار كالخبز والشواء؛ لأن عمل النار فيه يختلف ولا يضبط، واختلف أصحابنا في اللِّبأ المطبوخ.
فقال الشيخ أبو حامد الأسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوز؛ لأن النار تعقد أجزاءه، ولا يضبط [٨٨/ب] ⇑ وقال [شيخنا][1] القاضي أبو الطيب [الطبري][2] رَحِمَهُ اللَّهُ: [يجوز][3] لأن ناره لينة.



ما ذكره من امتناع السلم في الخبز هو الصحيح عند الأكثرين.

وفي «النهاية»[4]: أن الصحيح الجواز، واختاره الفارقي والغزالي[5]، وهو مذهب أحمد[6]، وقال الروياني: «إنه اختيار مشايخ خراسان»[7]،

---

(١)سقطت من المطبوع من المهذب.

(٢)، (٣) من المطبوع من المهذب.

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٤٤).

(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤١).

(٦) انظر: المبدع (٤/ ٧١)، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٩٠)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١١).

(٧) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).

وكلام الإمام يقتضي أنهم يرون أن تأثير النار فيه مضبوط، وطردوا ذلك في الدبس والسكر والفانيذ، وأشار الإمام إلى طريقة قاطعة بجواز السلم في السكر والفانيذ.

والماوردي[١] عكس، فحكى الوجهين في السكر والدبس، وجزم بالمنع في الخبز، وصحح في السكر الجواز، ومحل الوجهين في الدبس فيما أثرت فيه النار، ولم يضبطه الماء، فإن حصل فيه ما لم يجز قطعًا، وإن لم تمسه النار ولا حصل فيه ما [. . .][٢] الرطب، جاز قطعًا.

وأما ما تأثير النار فيه غير مضبوط بالعادة، كاللحم المطبوخ والمشوي، فلا خلاف في منع السلم فيه أعلمه إلا ما حكي عن الجيلي؛ أنه أثبت الخلاف فيه، وهو غريب في النقل، وأصح الوجهين في البِّأ المنع، كما قال أبو حامد، كذلك قال صاحب «التهذيب»[٣]، وبه جزم المتولي، والماوردي[٤].

واختار الإمام[٥] الجواز، وذلك منه موافق لطريقة الخراسانيين، فإنهم إذا اختاروا الجواز في الخبز الذي جزم فيه العراقيون بالمنع، فلا يجوز.

[وما][٦] تردد العراقيون فيه أولى، وقد قال النووي في «الروضة»[٧] بعد أن ذكر الدبس والعسل المصفى بالنار، والسكر، والفانيذ، واللِّبأ: إن الغزالي[٨]، وصاحب «التتمة» ممن اختار الصحة في هذه الأشياء، وليس كما قال، وإنما اختار صاحب «التتمة» الجواز في اللِّبأ قبل أن يخلط باللبن

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).
(٢) هنا بياض قدر كلمتين.
(٣) التهذيب (٣/ ٥٧٩).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).
(٥) نهاية المطلب (٦/ ٤٤).
(٦) في المخطوطة: «وأما»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٧) روضة الطالبين (٤/ ٢٢).
(٨) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤١).

ويطبخ، أما بعد الطبخ فلا، وجزم بالحكمين في القسمين، وأظن النووي طالع أول كلامه ولم ينظر الثاني، ولا يمكن [حمل][(١)] كلامه في «الروضة» على اللِّبأ الذي لم يطبخ؛ لأنه لا خلاف فيه، ولأن الرافعي لم يتكلم فيه، ثم إن النووي ذكر في «التصحيح»[(٢)] أن الأصح صحة السلم في السكر، والفانيذ، والدبس، واللِّبأ، وجعل نارها ونار الآجر والجص لطيفة.

فأما الأجر والجص فالحكم صحيح وتوجيهه ما سيأتي، وأما الأربعة ففي تصحيحه فيها نظر، ولكنه موافق لقولهم في باب الربا: إنه يجوز بيع بعضه ببعض، وقد أطلق الشافعي في «الأم»[(٣)] جواز السلم في اللِّبأ ومراده والله أعلم: الطري الذي لم يطبخ، وذكر أن المعتبر فيه الوزن [لتكبسه][(٤)] وتجافيه.

قال الأصحاب: اللِّبأ الذي لم يطبخ وهو الذي إذا ولدت البهيمة ترك حتى يجمد ويجف يجوز السلم فيه بلا خلاف، ومعياره الوزن، فأما قبل الجفاف فمعياره الكيل كاللبن، وقد يكون اللِّبأ قبل الولادة.

وذكر إسماعيل [٨٩/أ] الحضرمي في «كتابه على المهذب» أن اللِّبأ المطبوخ بالشمس يجوز السلم فيه قطعًا، وكون اللِّبأ يطبخ بالشمس قد يستنكر إلَّا أن يكون في البلاد المفرطة الحرارة، ويقرب من صور الخلاف.

كما قال الرافعي: «التردد في السلم في «الماء ورد»، وقد تردد فيه صاحب «التقريب»[(٥)]، وحكى الماوردي[(٦)] فيه وجهين عن الأصحاب؛

---

(١) في المخطوطة: «أحمل»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٠٧).

(٣) الأم (٣/ ١١٠).

(٤) في المخطوطة: «لتليه»، ولعل ما أثبتناه هو الصواب.

(٥) فتح العزيز (٩/ ٣٠٢).

(٦) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

لاختلاف تأثير النار فيما يتصعد ويفطر، واستبعد الإمام[١] وجه المنع، وقال الروياني: «الجواز أصح عندي وعند عامة الأصحاب»[٢].

والعسل المصفى بالشمس يجوز قطعًا.

وفي العسل المصفى بالنار الوجهان في الدبس ونحوه هذا، قال الرافعي وذكر أن مما يوجبه به المنع أن النار تعيبه ويسرع الفساد إليه.

قلت: ويشهد له أن الشافعي نص[٣] على أنه إذا أسلم في العسل المصفى، فأحضر إليه المصفى بالنار لم يجب قبوله؛ لأن النار تُغَير طعمه فينقص ثمنه، ولكن تصفية له بغير نار، وشرط القاضي حسين في ذلك أن تكون النار أثرت فيه تعقد الأجزاء، أما إذا لم يؤثر فيه أثرًا بينًا، فيجوز كالمصفى بالشمس، وكذلك يقتضيه كلام المحاملي، والشيخ أبي حامد، فلينزل كلام مَن أطلق عليه السمن المصفى بالنار، فليست التصفية بالنار عيبًا فيه؛ لأنها لا تؤثر في طعمه بخلاف العسل، فإنها تؤثر في طعمه، قاله الماوردي[٤]، وفي الرافعي[٥]، وابن الرفعة[٦]، أنه كالعسل وهو بعيد.

قسم الماوردي ما دخلته النار إلى أربعة أقسام: قسم دخلته لاستهلاك أجزائه؛ كالأدهان المغلية، فيمتنع السلم فيه، وقسم دخلته لتنقله من حال إلى حال، كالمعتصر من الفواكه والأعناب فيمتنع أيضًا، وقسم دخلته للتميز والتصفية، كالعسل والسمن، فيجوز، وقسم دخلته لانعقاد أجزائه كالسكر فيجوز أيضًا.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٤٤).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).

(٣) الأم (٣/ ١٣٢).

(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).

(٥) فتح العزيز (٩/ ٣٠٢).

(٦) كفاية النبيه (٩/ ٣٤٠).

فرع الطوب الآجر يجوز السلم فيه على الصحيح المنصوص، قال الشافعي: في آخر كتاب السلم من «الأم»: «والماء فيه مستهلك، والنار شيء ليس منه فيه، وإنما لها فيه أمر صلاح»[(١)].

ونقل الإمام[(٢)] فيه خلافًا للأصحاب كالدبس، فعلى الصحيح يذكر فيه التربة والقالب طولًا وعرضًا وسمكًا، واللون وصفة الطبخ، ويستحب الوزن، ويجعل السلم في الجص أيضًا على الأصح كالآجر.

قال الماوردي: قال أصحابنا: ولا يجوز السلم في الآجر الملهوج، وهو الذي لم يكمل نضجه فاحمر بعضه واصفر بعضه.

قلت: والمنع من ذلك ظاهر لاختلافه.

فرع جزم الروياني[(٣)] بامتناع السلم في الكعك.



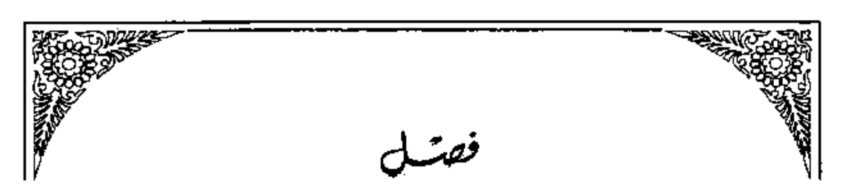
---

(١) الأم (٣/ ١٣٤).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٥١).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).

قال:



فصل

[السلم في الأجناس]

ولا يجوز فيما يجمع أجناسًا مقصودة لا تتميز، كالغالية، [والند][(١)] والمعجون، والقوس، والخف، والحنطة التي [٨٩/ب] ⇑ فيها شعير؛ لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه.



الغالية: طيب متخذ من مسك وعنبر خلطًا بالدهن. يقال: أول مَن سماها بذلك سليمان بن عبد الملك. يقال: تغللت وتغليت، ويقولون: تغلفت، هكذا نقل عن الجوهري، وفي الرافعي[(٢)] و«الروضة»[(٣)] أنها مركبة من المسك، والعود، والعنبر، والكافور، واختلاط المعجونات من أجزائها، والقوس من الخشب، وغيره معلوم، ويتعذر الوقوف على مقادير أجزائها المقصودة؛ فلذلك لا خلاف في امتناع السلم في هذه الثلاثة، وكذلك الند الطيب المعروف وليس بعربي، والسُّد وهو عربي، والجوارشات، والهرايس[(٤)]، والمرق الذي يحوي أخلاطًا مقصودة،

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٦٩).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١٦).

(٤) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «والهرايس».

والحلاوى، والنبل المريش، واستغنى المصنف عن ذكر هذه؛ لأنها دخلت في كلامه فيما تقدم فيما دخله النار، وفي النبل.

وأما الخف فنص الشافعي وأكثر الأصحاب على إطلاق المنع فيه لما فيه من الجلود المختلفة، والحشو المجهول، والخرز غير المضبوط، والانعطافات.

وحكى الماوردي[١] عن ابن سريج جوازه، وقيد الروياني[٢] هذا النقل عنه بما إذا كانت طاقاته معلومة، وعزاه أيضًا إلى بعض أصحابنا بخراسان، ثم قال: إنه غلط ظاهر، وهذا التقييد حسن، أما التي بخلاف ذلك، فليست محل الخلاف؛ لأنه نقل عن ابن سريج أنه قال: لا يعلم ما في الخف إلا الله والإسكاف يعني أنه مجهول، وفي معنى الخف: النعال، والحكم فيهما واحد، ونص الشافعي عليهما وخلاف ابن سريج فيهما، وفي كلام الغزالي[٣] والإمام[٤] الصنادل، والمراد بها: الأمدسة، واحدها صندل.

ومما ذكروه نعلم أن الخف المتخذ من طاق واحد، كما هو المعروف في خفاف الرجال في هذه البلاد ليس من هذا القسم، بل حكمه أنا إن منعنا السلم في الجلود مطلقًا كما هو الصحيح امتنع إن كان من جلد.

ولهذا قال الماوردي: «إنه يمتنع السلم في الجُرُب والأرقاق؛ لأنها جلود وإن جوزناه إذا قطعت على التناسب أو كانت من غير الجلود حكم الثياب المخيطة التي جوز الصيمري السلم فيها»[٥].

---

(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٤٠).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧٠).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٥).

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٦٢).

(٥) كفاية النبيه (٩/ ٣٤٠).

قال الشافعي: «وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشركين، ويستأجر على الحذو، وعلى خراز الخفين»(١)، هكذا قال في «الأم».

ونقل الروياني(٢) عنه أنه يجوز اصطناع الأواني والخفاف والنعال إذا كان العمل معلومًا، وهو أن يلزم ذمته أن يصنع له خفًّا، وهذا لا ينافي الذي في «الأم»، بل هذا مجمل، والذي في «الأم» مبين، وقد ذكر ابن الصباغ وغيره أن استصناع هذه الأشياء لا يجوز إلا كما قاله في «الأم»، وأن أبا حنيفة(٣) [٤/٩٠] قال بجوازه؛ لأن الناس مجمعون على ذلك.

قال أصحابنا: لو كان صحيحًا للزم، وعند الحنفية(٤) كل واحد من المستصنع، والصانع بالخيار.

وأما الحنطة التي فيها شعير، فالمراد منه أن يكون ذلك غير متميز ولا معلوم المقدار، وهو مع ذلك حر مقصود، وعند ذلك يمتنع جزمًا لا كالقمح الذي فيه شعير يسير غير مقصود، كما هو الغالب في القمح الغلث.

قال الرافعي وغيره: «والترياق المخلوط كالغالية، فإن كان نباتًا واحدًا، أو حجرًا، جاز السلم فيه»(٥)، وقد خرج بقوله: مقصوده ما ليس بمقصود، وسيأتي في كلامه يقسمه إلى: محتاج إليه، كالملح في الجبن، والماء في خل التمر، فيجوز، وإلى غير محتاج إليه، كالماء في اللبن، فلا يجوز.

وخرج بقوله: لا يتميز ما يعرف مقدار أجزائه، كالثوب المعمول من غزلين، وسيأتي حكمه، **فالمختلطات في كلامه أربعة أقسام:**

---

(١) الأم (٣/ ١٣٤).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧٠).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٣٦٣)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٠)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٧٥).

(٤) انظر مصادر الأحناف السابقة.

(٥) فتح العزيز (٩/ ٢٧١).

الأول: ما يقصد كل أجزائه ولا يتميز.

الثاني: ما لا يقصد الخليط، ولكنه غير محتاج إليه.

الثالث: ما يحتاج إليه.

الرابع: ما أجزاؤه مقصودة يُعْرَف مقدارها.

وقد جعل الغزالي[١] من أقسام المختلطات المختلط خلقة، كاللبن والشّهد، فأما اللبن فهو شيء واحد، وإن كان يعرض أن يحصل منه شيئان مختلفان، فلذلك لا يُعَدُّ من المختلطات، ولا خلاف في جواز السلم فيه إذا كان حليبًا.

وأما الشُّهد ففيه وجهان:

أصحهما: عند الرافعي[٢]، وبه جزم المتولي، والقاضي حسين، والفوراني: الجواز؛ لأن اختلاطه خلقي، فأشبه النوى في التمر، وجزم به الإمام[٣] في موضع، وحكاه في موضع آخر عن العراقيين.

والثاني: المنع؛ لأن الشمع قد ثقل فيه ويكثر، وعن ابن كجّ أنه رواه عن نصه، وإطلاق المصنف منطبق على ذلك.

قلت: رأيته في «الأم»[٤] صريحًا في آخر تفريع الوزن من العسل، وعلله بأنه لا يعرف ما فيه من العسل أو الشمع؛ لكثرته وقلته وثقله وخفته.

وقطع به الماوردي وغيره من العراقيين، ونسب الروياني المنع إلى بعض الخراسانيين، وقال: «إن كلام جميع أصحابنا العراقيين، وظاهر النص

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٥).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٧٥).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٤٥).

(٤) الأم (٣/ ١٠٧).

بخلافه»[١]، ولعل الفرق بينه وبين العتابي المركب من فزلين، أن الشمع في العسل لا يمكن ضبطه بخلاف الفزلين.

قال الرافعي: «وكما يجوز السلم في الشهد، يجوز في كل واحد من ركنيه»[٢].

قلت: جوازه في كل واحد من ركنيه، وهما العسل والشمع لا إشكال فيه.

فرع مما لا يجوز السلم فيه من المختلطات سويق اللوز؛ لأنه لا يتميز السكر من دهن اللوز، واللوز، وكذا السويق الملتوت بالزيت ونحوه، وكذا الفالوذج أو ⇑[٩٠/ب] الحبش[٣] نص على ذلك كله، وكذا اللحم المطبوخ بالأبزار، والملح، والخل، والدجاج المحشو.

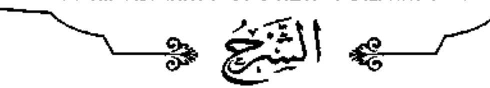
ولا يجوز السلم في السفينة، قاله الروياني[٤].



(١) بحر المذهب (٥/ ١٣٢). بتصرف يسير.
(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٧٥).
(٣) كذا رسمت في الأصل.
(٤) بحر المذهب (٥/ ١٥٩).

قال:

ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة، كاللبن المشوب بالماء، والحنطة التي فيها الزوان؛ لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.



الشرح

المنع في هذا القسم لا خلاف فيه، وكذلك لا يجوز السلم في المخيض الذي خالطه ماء؛ لأن الماء مصلحة له فيه، نص عليه الشافعي والأصحاب، وهو وارد على مَن أطلق أن كل ما لا يقصد خليطه يجوز السلم فيه.

أما المخيض الذي لا ماء فيه، فيجوز، قاله الغزالي[(١)] والرافعي[(٢)].

قال: وحينئذٍ لا يضر وصف الحموضة؛ لأنها مقصودة فيه، وكما لا يجوز السلم في اللبن المشوب بالماء، لا يجوز بيعه أيضًا، وفي «التتمة» أن المصل كالمخيض لما فيه من الدقيق، وهكذا الكشك لا يجوز السلم فيه؛ قاله الماوردي[(٣)].



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٤).
(٢) فتح العزيز (٩/ ٣١٠).
(٣) الحاوي الكبير (٥/ ١٢٢).

قال:

ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة، كخل التمر وفيه الماء، والجبن وفيه الإنفحة، والسمك [المالح][1] وفيه الملح؛ لأن ذلك من مصلحته، فلم يمنع جواز العقد.



هذا هو الصحيح عند الأكثرين في جميع ما ذكر؛ لأنه لا غنى لها عنه، وفي جميعها وجه بالمنع، وإليه ميل الصيمري والإمام[2] في خل التمر والزبيب.

وذكر الغزالي أن المراوزة قطعوا فيهما بالمنع، والعراقيين قطعوا بالجواز، وعد الغزالي[3] الخبز في هذا القسم مع الجبن لما فيه من الماء والملح، ولكن العلة الصحيحة فيه دخول النار، وكذلك كان الأصح فيه المنع، وكذلك قدمه المصنف، ولم يجعله من هذه الأقسام.

وأما ما فيه من الماء والملح، فلا أثر له أصلًا، وليس كالماء الذي في الخل، ألا ترى أن المراوزة قطعوا هنا بالمنع مع اختيارهم الجواز في الخبز، ونقل الإمام، «أن صاحب «التقريب» حكى عن ابن سريج: أن السمك المملح، إن كان يظهر للملح وزن، لم يصح، وإلا فإن لم يكن له قيمة صح، وإن كانت له قيمة فهو كالثوب المصبوغ بعد النسيج»[4].

قال الرافعي: «والأقط كالجبن»[5]، وإطلاق غير المصنف غيره.

---

(١) في المطبوع من المهذب: «المملوح».

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٤٧).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٥).

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٧٠). باختصار.

(٥) فتح العزيز (٩/ ٢٧٤).

تنبيه:

على أن علة الجواز الحاجة سواء أكان مقصودًا أم غير مقصود، ألا ترى أن الخليط في هذه الأشياء مقصود؛ لإصلاح ما معه؟

نعم، هو ليس بمقصود في ذاته، وكذلك عده الغزالي[1] وغيره، مع ما ليس بمقصود، ولولا ذلك لكان يجب استثناء ذلك من قول المصنف أول الفصل: لا يجوز فيما يجمع أجناسًا مقصودة، ولو كانت الحاجة كافية في الجواز لجاز في المقصودة التي يحتاج إليها [٩١/أ] كالمعجونات، فدل على أن المراد ما ليس مقصودًا في نفسه، بل لإصلاح ما هو المقصود.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٥).

قال:

ويجوز في الأدهان المطيبة؛ لأن الطيب لا يخالطه، وإنما تعبق به رائحته.

الشرح

الأدهان المطيبة كدهن البنفسج، والبان، والورد، تارة لا يخالطها شيء من الطيب، وإنما يروح السمسم بها، ثم يعتصر، وهذه مراد المصنف، يجوز السلم فيها قولًا واحدًا، وهذا القسم هو الذي ذكره الأكثرون، واقتصروا على إيراده[1] من إطلاق الأدهان، كما فعل المصنف، وتارة يخالطها شيء من الطيب وترتب به، فلا يجوز السلم فيها.

وممن ذكر هذا القسم الرافعي[2]، وفي «مختصر المزني»[3] إطلاق المنع، وهو منزل على هذا التفصيل، وكثير من الأصحاب المطلقين بادر إلى تغليط المزني.

وقال: إنه ظن اختلاطها فحكم بالمنع، وفي «البويطي»[4]: ولا بأس بالزنبق والخيري والبنفسج؛ لأن ترتيبه إنما هو شيء واحد، وإنما كره الغالية، وما أشبه لما يدخله من الآفات.



(١) في المخطوطة: «إرادة»، ولعل المثبت هو الصواب.

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٦٨).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٨٩).

(٤) مختصر البويطي (ص: ٦٢٠).

قال:

و[لا][(١)] يجوز في ثوب نسج ثم صبغ؛ لأنه سلم في الثوب وصبغ مجهول، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج؛ لأنه بمنزلة صبغ الأصل.



أدرجه في المختلطات مع القسم الذي يكون في اختلاطه صلاح له، وجزم بالمنع فيما صبغ بعد النسج، وهو المشهور في كتب الأصحاب، وفيه وجه اختاره الشيخ أبو محمد، والإمام[(٢)]، والشاشي.

وقال الرافعي: «إنه القياس أنه يجوز كالمسألة الثانية إذا صبغ غزله، ثم نسج، وكالسلم في الغزل المصبوغ صحيح»[(٣)]، وما جزم به المصنف من المنع في الأولى، والجواز في الثانية هو المنصوص عليه في «البويطي»[(٤)] معللًا بأن الثوب إذا صبغ بعد نسجه لم يضبط صفة الثوب، ونص عليه في «الأم»[(٥)] أيضًا، لكن ليس صريحًا، **وفرق الشيخ أبو حامد وغيره بينه وبين ما صبغ غزله، ثم نسج بفرقين:**

أحدهما: أنه إذا صبغ الغزل ثم نسج أمكن معرفة الصفاقة والرقة وسائر الأوصاف، وإذا صبغ بعد النسج لم يمكن كل ذلك، يعني: لأن الصبغ يسد الفُرَج، فلا يظهر به الصفاقة، وربما يخفى بسببه بعض نفيه الصفات المشترطة.

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من المخطوطة، وأثبتناه من «المهذب».
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٧٠).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣١٤).
(٤) مختصر البويطي (ص:٦٢٦).
(٥) الأم (٣/ ١٣٣).

الفرق الثاني: أنه إذا صبغ الغزل، ثم نسج، يكون السلم في الثوب، وإذا صبغ بعد النسج يكون في التقدير كأنه أسلم في الثوب والصبغ معًا، وهذا المعنى هو الذي ذكره المصنف، وهو الذي يشير إليه كلام الشافعي في «الأم»[(١)] في باب السلف في الشيء المصلح بغيره.

وحاصله: أن المقصود أمران [٩١/ب] ⇑ الثوب في نفسه مقصود مستقل بنفسه وصبغه، وكأنه يصير في معنى مَن عاقد على ثوب، ثم عاقد على صبغه، وبهذا المعنى يحصل إدراج المصنف له مع المختلطات.

أما الذي ينسج مصبوغًا كالغصب وغيره، فالصبغ وصف له، والمقصود شيء واحد وهو الثوب الموصوف بذلك الوصف، وقد اعترض الرافعي[(٢)] بأن المعنيين المذكورين يقتضيان ألَّا يجوز السلم في الذي صبغ غزله ثم نسج، ولا في الغزل المصبوغ، ولك أن تنازع في وجود المعنيين فيهما بما قدمناه.

وقال الماوردي[(٣)]: إنه إن أسلم في الثوب أبيض على أن يصبغه لم يجز؛ لأنه عقد شرط فيه إجازة، وكأنه نزل المنع على هذا، وكلامه في «الأم» في الباب الذي ذكرناه محتمل لذلك؛ ولذلك قدمت أنه ليس صريحًا، فإنه شبهه بأن يسلم إليه في عين على أن يدفعها إليه بغيره لصاع حنطة على أن يوفيه إياه دقيقًا، اشترط كيل الدقيق أو لم يشترطه، وإذا قلنا بهذا سهل الأمر، ولم يحتج إلى الفرقين المتقدمين.

---

(١) الأم (٣/ ١٣٣).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣١٤).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ١٢٢).

فرع إذا أسلم في الغزل، أو الصوف، أو الثوب المصبوغ نصف الصبغ وجنس ما يصنع به، والبلد الذي صبغ به وصبغ الشتاء أو الصيف، وكذلك إذا أسلم في غزل على أن يعمله له ثوبًا.

واستغرب الروياني[1] ما ذكره الماوردي، وقول المصنف؛ لأنه بمنزلة صبغ الأصل.

قال الفارقي: معناه أنه لا يحول ويتغير؛ كنفيس الثوب إذا صُبِغَ بعد نسجه.



(١) بحر المذهب (٥/ ١٤٤).

قال:

ولا يجوز في ثوب عمل فيه من غير غزله، كالقرقوبي[(١)]؛ لأن ذلك لا يضبط.

الشَّرْحُ

هكذا جزم به الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وفرضناه فيما عمل عليه بالإبرة، وذلك يقتضي أنه بعد نسخه، وبه صرح الرافعي، وقال: «إنه يتخرج على الوجهين الآتيين في الثوب المعمول من غزلين ومثله بالإبريسم على القطن والكَتان»[(٢)]، ومقتضى ذلك أن يكون الأصح الجواز؛ لأنه الأصح في المعمول من غزلين.

ومفهوم كلام المصنف أنه إذا كان من غزله جاز، وبه صرح الشيخ أبو حامد والمحاملي كالإبريسم يجعل عليه طراز منه؛ لأنه من تمام النسج، ولك أن تقول: إن كان المراد أنه من ذلك الإبريسم ولونه فلم تجر العادة بذلك، وإن كان المراد أنه من الإبريسم وهو مخالف للونه، فهو كما لو كان من غير غزله؛ لاختلاف الغرض به وعدم انضباطه.

ثم إن قولهم في الذي من غزله أنه من تمام النسج غير متضح؛ لأن الغرض أنه بعد النسج.

وأطلق الماوردي الجواز في الطرز المنسوج معها، وقال في الطرز ⇑[١/٩٢] المركب عليها: إن مَن أصحابنا من أجراه مجرى الصبغ، وجوز السلم معه، ومنهم مَن أبطله لامتيازه عن الثوب.

---

(١) القرقوبي: هو المطرز؛ لأن الطرز يعمل بعد الفراغ من النسيج، والقربية والترقبية، ثياب مصرية بيض من الكتان. انظر: النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب (١/ ٢٥٧).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٧٢). بمعناه.

والظاهر: أنه أراد بالمنسوج معها ما كان من الأصل قبل تمام النسيج، وبالمركب ما عُمل بالإبرة بعد تمام النسيج، وهو في حكاية الخلاف في القسم الثاني موافق للرافعي[1]، وإن خالفه في المأخذ، وأمَّا جزمه في القسم الأول بالجواز، فما أظن الأصحاب يوافقونه على ذلك، وأقل درجات ذلك أن يكون كالمعمول من غزلين.



(١) فتح العزيز (٩/ ٢٧٢).

قال:

واختلف أصحابنا في الثوب المعمول من غزلين، فمنهم من قال: لا يجوز؛ لأنهما جنسان مقصودان، لا يتميز أحدهما [من][1] الآخر، فأشبه الغالية.

ومنهم مَنْ قال: يجوز؛ لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما.

الشرح

هذا القسم الرابع من المختلطات، وعبر عنه الرافعي بالمختلطات المقصودة الأركان التي يضبط أقدارها وصفاتها؛ كالثياب العتَّابية والخزوز المركبة من الإبريسم والوبر، والثياب المركبة من الكتان والقطن، وأصح الوجهين عند الأكثرين: جواز السلم فيه، واستدلوا من جهة المذهب بأن الشافعي أجاز السلم في الخز، وهو مركب من القز وشعر الأرنب، ومن جهة المعنى بأن كل واحد من أقدارها مما يسهل ضبطه، وبهذا فارق الغالية.

وقد رأيت في «الأم» ما يشبه النص على جوازه، فإنه قال: «وإذا عمل الثوب من قز، ومن كتان، ومن قطن، وصفه، وإن لم يصف غزله إذا عمل من غزول مختلفة، أو من كرسف مروي أو من كرسف خشن لم يصح، وإن كان إنما يعمل من صنف واحد ببلده الذي سلف فيه لم يضره أن لا يصف غزله»[2].

وإنما لم أجعل هذا نصًّا؛ لأنه يحتمل أن يكون مراده إذا اختلفت غزول البلد يجب وصف الغزل الذي يعمل منه ذلك الثوب، وهو احتمال بعيد، ونقل البندنيجي عن «الأم» أنه لو أسلم في ثوب مختلف الغزول، جاز وهذا

---

(١) في المطبوع من المهذب: «عن».

(٢) الأم (٣/ ١٢٥).

صريح.

وفي «الحاوي»: أن بعض أصحابنا أبطل السلم في الخز، والجمهور على جوازه، ثم قال الشافعي: «وإن سلف في الوشي، لم يجز حتى يكون للوشي صفة يعرفها أهل العدل من أهل العلم، ولا خير في أن يريه خرقة ويَتَوَاصَفَانِهَا على يديَّ عدل يوفيه الوشي عليها، إذا لم يكن الوشي معروفًا؛ لأن الخرقة قد تهلك»[1].

إذا عرفت ذلك، فقد حكم الرافعي[2] على هذا القسم بأن أجزاءه منضبطة الأقدار والصفات.

وكذلك المصنف قال: إن قدرها يعرف، ومع ذلك علل الوجه الأول بأنها لا تتميز، فإن أراد لا تتميز في العلم تناقض الكلام، ولزمه ؒ [٩٢/ب] أن يجزم بالمنع فيها كالقسم الأول، فليحمل على عدم التميز في الخارج؛ أي: لا ينفصل بعضها عن بعض، وكلامه يرشد إلى ذلك، ألا تراه في هذا القسم قال: لا يتميز أحدهما من الآخر؛ أي: ينفصل.

وفي القسم الأول أطلق أنها لا تتميز أي: لا تعلم، وهو أخص.

وقول المصنف في تعليل الجواز: بأنه يعرف قدر كل واحد منهما، لعل مراده أن اللُّحْمَةِ من أحدهما وَالسَّدَى من الآخر، وكذلك هو في كلام غيره، وأما معرفة قدر كل منهما بالوزن، فما أظنه يشترط لأنه[3] بعد النسج لا يمكن العلم به، ويفضي إلى نزاع لا ينفصل، وإن كان ظاهر لفظه يقتضيه.

---

(١) الأم (٣/ ١٢٥).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٧١).

(٣) في المخطوطة: «لا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال:

وفي السَّلم في الرؤوس قولان:
أحدهما: يجوز؛ لأنه لحم وعظم، فهو كسائر اللحوم.
والثاني: لا يجوز؛ لأنه يجمع أجناسًا مقصودة، [لا تضبط بالوصف][(١)]؛ ولأن معظمه العظم، وهو غير مقصود.

الشَّرح

القولان في «الأم»[(٢)] مما هما في «المختصر»[(٣)]، والظاهر منهما الذي يدل كلام الشافعي أنه اختياره المنع، وهو الأصح عند الأصحاب[(٤)]، وبه قال أبو حنيفة[(٥)].

وبالجواز قال مالك[(٦)]، وأحمد[(٧)]، وظاهر النص إطلاق القولين، ويوافقه إطلاق المصنف، وابن الصباغ، وسليم.

---

(١) في المخطوطة: «ولا يضبط»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٢) الأم (٣/ ٨٢).
(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).
(٤) انظر: الحاوي (٥/ ٤٠٠)، البيان (٥/ ٤٠٥)، فتح العزيز (٩/ ٣٠٤)، نهاية المطلب (٦/ ٦١)، روضة الطالبين (٤/ ٢٢)، أسنى المطالب (٢/ ١٣٤).
(٥) انظر: المبسوط (١٢/ ٢٤٦)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٩)، الهداية شرح البداية (٣/ ٧٢، المحيط البرهاني (٧/ ١٧٨)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٢)، فتح القدير (٧/ ٧٤)، البحر الرائق (٦/ ١٧١)، مجمع الأنهر (٣/ ١٤٠).
(٦) انظر: المدونة (٣/ ٦٥)، بداية المجتهد (٣/ ٢١٨)، الذخيرة (٥/ ٢٤٩)، حاشية الخرشي (٥/ ٢٢٢).
(٧) انظر: الفروع مع التصحيح (٦/ ٣١٩)، المبدع (٤/ ٦٩ - ٧٠)، الإنصاف (٥/ ٦٨)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٠).

وذكر طائفة منهم الماوردي[١]، والغزالي[٢]، والرافعي[٣]، والنووي[٤]، أن محل القولين بعد تبقية الشعور والصوف.

أمَّا قبل التبقية، فلا يجوز قطعًا لستر المقصود بما ليس بمقصود، وعن ابن كَجّ تقييدها أيضًا بما إذا كانت المشافر والمناخر منحاة عنها.

قال الرافعي: «وهذا لا اعتماد عليه»[٥]، وأهمله النووي في «الروضة».

قلت: وقد وافقه الماوردي في اشتراط تنحية المشافر، ويشترط أيضًا أن تكون نيّة، فلو كانت مَطْبُوخة أو مشوية لم يجز بحال، وهذا لا شك.

قال ابن الرفعة: «وعند من جوز السَّلم في اللحم المشوي لا يبعد أن يجوزه في الرؤوس المشوية أو المطبوخة؛ لأن تأثير النار فيه أيضًا يمكن ضبطه»[٦].

قلت: ولا أعرف أحدًا جوّز السلم في اللحم المشوي، إلا أن الجيلي حكى فيه وفي المطبوخ وجهين وهما غريبان في النقل، وحيث جوزنا فلا بد من الوزن، نص عليه في «المختصر»[٧] و«الأم»[٨] والأصحاب.

أما بالعدد فلا يجوز قطعًا؛ لاختلافهما في الصغر والكبر، وقال الماوردي[٩] يجمع بين الوزن والعدد، ولعل إطلاق غيره محمول على

---

(١) الحاوي (٥/ ٤٠٠).
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤١).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٠٤).
(٤) روضة الطالبين (٤/ ٢٢).
(٥) فتح العزيز (٩/ ٣٠٥).
(٦) كفاية النبيه (٩/ ٣٤٠). بمعناه.
(٧) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).
(٨) الأم (٣/ ٨٢).
(٩) الحاوي (٥/ ٤٠٦).

ذلك، ولا يفضي ذلك إلى عزة الوجود؛ لقلة أوصافها، لكنه سيأتي أن في الجميع بين ذلك في [١/٩٣] الطبخ ونحوه خلافًا، وينبغي أن يكون الحكم هنا مثله فلينظر هناك.

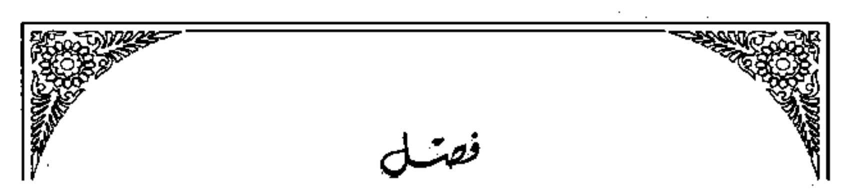
فرع الأكارع كالرؤوس في جميع ما ذكر، واختار الغزالي[١] أن الجواز فيها أصح، والجمهور على الأول، وعليه نصه في «الأم»[٢]، وعن القاضي أبي الطيب الرمز إلى القطع بالمنع فيها.

قال النووي: «وإذا جوزنا فيها فمن شرطه أن يبين من الأيدي أو الأرجل»[٣]، وما قاله لا بد منه في الوصف، وهو في كلام الماوردي[٤] والروياني[٥].



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٢).
(٢) الأم (٣/ ١١٣).
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٢).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٠).
(٥) بحر المذهب (٥/ ١٦٩).

قال:



فصل

[السلم في الطير]

ولا يجوز السلم في الطير؛ لأنه لا يضبط بالسِّن، ولا يعرف قدره بالذرع.

الشرح

هكذا نص عليه في «البويطي»[١] معللًا بأنه لا يوصف بِسِن ولا ذرع، وذكر البندنيجي أنه لا يعلم أحد رواه غيره، وقال الروياني: «غلطه أصحابنا»[٢]، والمشهور في كتُب الأصحاب أنه يجوز السلم في الطير.

وممن صرح به الشيخ أبو حامد، وقال في «الروضة»: «الذي قطع به الجماهير»[٣]، فعلى هذا تبين النوع، والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا يكاد يعرف سنها، فإن عرف وصف، وعندي في الخروج عما نقله «البويطي» إشكال؛ لأن هذا الخصيص لبعض الحيوانات بالمنع، ولم يعارضه نقل آخر إلا عموم الحيوان، والخاص مقدم على العام.

نعم رأيت في «البحر» في السَّلم في الطيور أن «الشافعي قال: يقول فرخ أو ناهض»[٤]، وهذا يدل على أنه وجد نص للشافعي بجوازه، وحينئذ

---

(١) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٤٢).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ٢٠).

(٤) بحر المذهب (٥/ ١٤١).

يعارض ما رواه «البويطي»، وبالجملة ما علمت أحدًا وافق «البويطي» إلَّا المصنف.

ولو كان الطير مذبوحًا، اشترط فيه الوزن بخلاف كونه في حال الحياة حيث يجوز بالعدد إذا جوزنا السلم.



قال:

ولا يجوز [السلم][١] في جارية وولدها، [أو][٢] جارية وأختها؛ لأنه يتعذر وجود جارية وولدها، أو جارية وأختها على ما وُصف.



الشرح

المقصود بذلك ما يعز وجوده؛ لندرة اجتماعه، كما ذكر، وكجارية وعمتها أو ابنتي عم، أو شاة وسخلتها؛ لأن وجودهما مع تلك الأوصاف فيهما إن اتفق فنادر، هكذا أطلقه الشافعي والأصحاب.

وفصل الإمام فقال: «لا يمتنع ذلك في الزنجية التي لا تكثر صفاتها، ويمتنع في السّرية التي تكثر صفاتها»[٣] وتبعه الغزالي[٤].

قال الرافعي: «وهذا مفرع على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف باختلاف الجواري، ولم يُفصل الأئمة القول فيه»[٥].

قلت: لم يتعرض [لهذا][٦] الإمام؛ لأن كثرة الصفات في السرية واجب دون الزنجية، ولعل المراد أن الزنجية لا يذكر في العادة من وصفها إلا ما هو الواجب، ويكثر وجود الولد والأخت معها، وكذلك المولدات في هذه البلاد والحاضنات، ⇑ [٣/٩٣ب] فهذا ليس عزيز الوجود فيصح.

وأما المطلوبة للتسري بصفات تزيد على الواجب في وصف الجواري،

---

(١) من المطبوع من المهذب، وليست في المخطوطة.

(٢) في المطبوع من المهذب: «ولا في».

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٤١).

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٠).

(٥) فتح العزيز (٩/ ٢٨١).

(٦) غير موجوده في الأصل، ويقتضيها السياق.

فإنه نقل فيهن الولد، فإذا انضم ذلك إلى بلد الأوصاف عز وجوده، وما ذكره الإمام[١] يوافق وجهًا حكاه الروياني «عن أبي إسحاق: أنه يجوز أن يسلم في جارية معها ولدها في بلد يكثر فيه الجواري، ولا يتعذر وجود ذلك»[٢].

قال: والصحيح خلافه، ثم أورد الرافعي على الأصحاب «إشكالًا في منع السلم على الإطلاق؛ [لأنهم][٣] حكوا عن نصه أنه لو شرط كون العبد كاتبًا، أو الجارية ماشطة، ولمدعٍ أن يدعي نُدرة اجتماع الكتابة، والمشط مع الصفات التي يجب التعرض لها، بل قضية ما أطلقوه تجويز السلم في عبد وجارية بشرط كون هذا كاتبًا وتلك ماشطة، وكما يندر كون أحد الرقيقين ولد الآخر مع اجتماع الصفات المشروطة فيهما، فكذا يندر كون أحدهما كاتبًا، والآخر ماشطًا أمًّا اجتماع تلك الصفات، فليسو بين الصورتين في المنع والتجويز»[٤].

قلت: وقد نص الشافعي على أن حكم المسألتين مختلف، وفرق بين العينين الموصوفتين وبين الجارية وولدها، ولهم أن يفرقوا بين ما ذكروه، وبين اشتراط كون العبد كاتبًا، أو الجارية ماشطة بأنه مع كونه يسهل تحصيله بالإكساب ليس فيه إلا زيادة وصف الكتابة، أو المشط على الأوصاف المطلوبة.

وأما في الولد فزيادته مع زيادة صفاته مع كونه غير مكتسب، فأين زيادة وصف واحد من زيادة أوصاف أكثر من الأوصاف الأصلية.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٤١).
(٢) في المخطوطة: «لأنه»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٣) بحر المذهب (٥/ ١٣٦).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٨١-٢٨٢).

وأما السلم في عبد وجارية بشرط كون هذا كاتبًا وتلك ماشطة فلا تعلق لأحدهما بالآخر، ولا هو وصف فيه، بل هوسلم في سنين منفصلين بخلاف الجارية وولدها؛ لأن كونها ذات ولد وصف فيها حتى لو أحضر جارية وعبدًا ليس ولدها على الوصف المطلوب فيهما غير الولدية لم يجب قبوله، ولا يكن كمن أحضر بعض المسلم فيه، وفي العينين المنفصلين لو أحضر إحداهما بصفها كان قد أحضر بعض المسلم فيه، فلم يلزم التسوية بين الصورتين.

فرع حكم البهيمة وولدها، حكم الجارية وولدها، نص عليه الشافعي.



قال:

وفي الجارية الحامل طريقان:
أحدهما: لا يجوز السلم فيها؛ لأن الحمل مجهول.
والثاني: يجوز؛ لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم، كما تَقول في بيع الجارية الحامل.



مقتضاه أنهما طريقتان قاطعتان، والذي حكاه الرافعي[1] وسائر الأصحاب طريقان:

طريقة المنع، وهي أظهر عنده، وعند القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ.

وطريقة أنه على قولين بناء على أن الحمل، هل له حكم أو لا؟

إن قلنا: نعم جاز وإلا فلا؛ لأنه [٩٤/أ] لا يعرف حصوله، وهما كالقولين في الشراء بهذا الشرط، وهي طريقة أبي إسحاق، وأبي علي الطبري، وابن القطان، والشيخ أبي حامد، والذي رأيته منصوصًا عليه المنع.

وقد عد النووي[2] هذا الموضع التي أطلق المصنف فيها الطريقين على الوجهين، فإنه قد يأتي ذلك وعكسه؛ لاشتراك الطرق والوجوه في أنهما من كلام الأصحاب، ولك أن تقول: إنما يحسن ذلك لو كان في المسألة وجهان، والمنقول في المسألة طريقان كما تقدم، فلعل المصنف أطلق الطريقين على القولين اختيارًا لطريقة القولين، أو ذَكَرَ الطريقين، واقتصر من الثانية على أحد القولين.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٨٢).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٧-١٨).

وذكر الرافعي[١]: أنهم عللوا طريقة المنع بأن اجتماع الحمل مع الصفات المشروطة نادر، قال: «وهذا يؤيد الإشكال الذي أوردناه»[٢] يعني ما تقدم في الجارية وأختها أو ولدها، فإن أراد الصحة هناك فليس في هذا تأييد له؛ لأن الحكم هنا، وإن أراد أنه ينبغي لأجله أن يمتنع في إذا شرط كون العبد كاتبًا والجارية ماشطة، كما أورده فيما تقدم، فهو إنما يرد على من علل بالعلة التي ذكرها.

أما علة المصنف ومن وافقه، فلا يرد عليها لكن للرافعي أن يقول: أن التعليل بالجهل يشكل عليه أن الأصح: صحة بيع الجارية بشرط أنها حامل، **فإذن يلزم أحد أمرين**:

إما صحة السلم فيها، وإما امتناعه إذا شرط كونها ماشطة، وطريق الانفصال عن هذا السؤال بأن يمنع الندور في شرط كونها ماشطة أو كونه كاتبًا؛ لأن ذلك مما يكتسب بالتعلم، فيسهل تحصيله تحمل الحمل، وأيضًا فقد يحصل ما في الحمل من الجهالة المغتفرة في البيع مع الندرة المغتفرة في مثلها في شرط الكتابة، والمشط هو العلة، وإذا كان المانع مجموع الأمرين لم يرد شيء من السؤالين، والجواب الأول أحسن، وعلى هذين الجوابين لا يتجه تعليل المصنف بالجهل وحده؛ لأنه غير كاف، أو غير صحيح.

وجواب ثالث يصح معه كلام المصنف، وهو أن جهالة الحمل مغتفرة في البيع؛ لأنه متعلق بالعين، وشرط الحمل شرط وصف فيه، وأما السلم فإنه متعلق بالأوصاف، فكان الحمل مقصودًا ومسلمًا فيه، وكذلك يبطل كما لو باعها وحملها، وهذا أحسن الأجوبة.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٨٢).
(٢) المصدر السابق.

فرع حكم البهيمة الحامل في ذلك حكم الجارية نص عليه الشافعي، ولو أسلم في جذعه، فسلمها إليه حاملًا، له الامتناع؛ لأنه ربما يريد أن يستعملها، أو له فيها غرض لا يحصل ذلك من الماخض، فقلنا له الامتناع عن قبولها بخلاف الزكاة، فإن الغرض فيها الدر والنسل، ذكره القاضي.



قال:

وفي [٩٤/ب] السلم في شاة لبون، قولان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه سلم في شاة ولبن مجهول.

والثاني: يجوز؛ لأن الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة، كما نقول في بيع شاة لبون.



القولان منصوصان، وذهب الشيخ أبو حامد إلى ترجيح قول الجواز هكذا حكى عنه.

قال الرافعي: «لكن قضية توجيه أظهر الطريقين في صورة الحمل تقتضي ترجيح المنع هنا أيضًا، وبه أجاب صاحب «التهذيب»»[١].

قلت: قال الشافعي في «الأم» في باب صفات الحيوان: «إذا كانت دينًا أنه أشبه القولين بالقياس»[٢]، ورأيت الشيخ أبا حامد ذكر الوجهين في «تعليقه» من غير ترجيح، وعلل الجواز بأنه إنما يريد أنها على صفة يكون لها اللبن.

قلت: وهذا تحقيق مناط إن فرض أن الأمر كذلك، فالحق الجواز، وإنما يتجه الخلاف والمنع فيما إذا شرط وجود اللبن معها، وهو المفهوم من كلام المصنف وغيره.

وقد أيقن الماوردي المسألة فقطع بالجواز فيما إذا شرط أنها لبون بمعنى أنها مما تدر لبنًا، وخص القولين بما إذا كان على معنى أن معها لبنًا، وحينئذٍ

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٨٣).
(٢) الأم (٣/ ١٢١).

يبعد المصير إلى الجواز، ويتعين المنع، كما أجاب صاحب «التهذيب»، وليس كذلك لما ذكره الرافعي[١] في مسألة الحمل من التعليل بندرة الوجود؛ لأن اللبن في الشاة كثير أو غالب، وإنما هو لأجل الجَهالة، فإن قلت: الصحيح أن الحمل يُعلم، وأن بيع الجارية بشرط أنها حامل جائز.

قلت: بيع الجارية بشرط أنها حامل بيع معين، والشرط وصف فيه، وأمّا السلم فإنه متعلق بالوصف، فهو كبيع الجارية وحملها، وقد تقدم شيء من هذا في الجارية الحامل.



(١) فتح العزيز (٩/ ٢٨٢).

قال:



فصل

[السلم في الأواني]

وفي السلم في الأواني المختلفة الأعلى والأسفل، كالإبريق، والمنارة، [والكيزان][(١)] وجهان:
أحدهما: لا يجوز؛ لأنها مختلفة الأجزاء، فلم يجز السلم فيها، كالجلود.
والثاني: يجوز؛ لأنه يمكن وصفها، فجاز السلم فيها كالأسطال المربعة، والصحاف الواسعة.

الشرح

هذه الأواني، وكذلك الخباب، والطشوش، والقماقم، والطناجر، والبرام المعمولة **إذا كانت مختلفة فيها وجهان:**

الأول: المنع، وهو اختيار الشيخ أبي حامد، ووافقه الرافعي[(٢)]، ولم يحك فيه خلافًا.

والثاني: اختيار القاضي أبي الطيب والماوردي وهو الأصح عند الروياني[(٣)]، وحكاه أبو الطيب عن نصه في «الأم»، وغَلَّطَ من قال بخلافه

(١) في المطبوع من المهذب: «والكراز».
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٤٥، ١٤٦).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣١٧، ٣١٨).

وطرده في القمقم.

وقد رأيته في «الأم» في السلف في الشيء المصلح بغيره، قال: «ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أو رصاص أو حديد، ويشترط بسعة معروفة ومضروبًا [١/٩٥] أو مفرغًا أو بصنعة معروفة، ويصفه بالثخانة أو الرِّقة»[١]، وكذلك كل إناء من جنس واحد ضُبطت صنعته، فهو كالطست والقمقم.

قال: «ولو كان يضبط مع ذلك وزنًا كان أصح، وإن لم يشترط وزنًا صح إذا الشرط سعة»[٢].

وقال في آخره: «ولا بأس أن يبتاع منه صحافًا [وقدحًا ما][٣] من نحو معروف وبصفة وقدر معروف من الكبر والصغر، والعمق والضيق، ويشترط أي عمل، ولا بأس إن كانت من قوارير، ويشترط جنس قواريرها ودقته وثخانته، ولو كانت القوارير توزن مع الصفة كان أحب إليَّ وأصح للسلف»[٤]، وهكذا في «البويطي»[٥] مختصرًا.

قال الشيخ أبو حامد: إن نصه في «الأم» اختلف، أشار في موضع إلى الجواز، وفي موضع إلى المنع، والأول: محمولٌ على ما لا يختلف كالسطول التي تستوي حيطانها، فإنه إذا ذكر قدر القامة والدور والثخانة والدقة وبقية الأوصاف جاز، والثاني: محمول على ما يختلف والكيزان والجوار المتحدة من الخزف كالمتحدة من النحاس، وكذلك أطلق

---

(١) الأم (٣/ ١٣٣).

(٢) الأم (٣/ ١٣٤).

(٣) في المخطوطة: «أو قدحا» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) الأم (٣/ ١٣٤).

(٥) مختصر البويطي (ص: ٦٢٧).

المصنف، ولم يقيد.

وقول المصنف في وصف الأصطال المربعة ليس بشرط بل المدورة أيضًا يجوز السلم فيها، كما عرفت في كلام أبي حامد.

واعلم أن الرافعي[1] جزم بالمنع إلا فيما يصب منها في القالب قال: فإنه يجوز السلم فيه؛ لأنه لا يختلف، وكذلك الأسطال المربعة وعَلَّل المنع فِي القسم الأول بندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويتعذر ضبطها، وهذا يقتضي أن من جوزها يجوزها بالوزن.

والماوردي صَرَّح أنه ليس بشرط، وهو مقتضى نص الشافعي الذي تقدم.

وأما قوله: في الأسطال المربعة، فالحكم غير قاضٍ عليها، بل هي والمدورة كما في كلام أبي حامد، والصحاف الواسعة كما في كلام المصنف، وكل ما لا يختلف من ذلك مصبوبًا كان أو مضروبًا فإنه يجوز، وممن صرح بالجواز الماوردي.

وأما قوله: «إن ما يصب منها في القالب يجوز» يعني مع اختلاف نقل من ذكره من المانعين، لكنه حسن.

وأما الآنية القوارير فلا تعمل إلا مضبوطة مفتوحة.

قال الماوردي: لا يجوز السلم فيها مخروطة؛ لأن الخرط والنقش عمل غير مضبوط، وما فهمت ذلك.

فرع لو شرط أن يكون الطست من نحاس وحديد جميعًا، أو نحاس ورصاص، لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان، فيعرف قدر كل واحد منهما، نص عليه في «الأم»[2]، وفرق بينه وبين الثوب المصبوغ بأن الصبغ

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣١٨).

(٢) الأم (٣/ ١٣٣).

زينة لا يعتبر ضبط صفته بخلاف هذا، ويمكنك أن تحتج بهذا الفرع للمنع في الثوب المعمول من غزلين، ويمكن أن يفرق بين الغزلين ربما يكونان مزينين في الثوب ⇑ [٩٥/ب] بخلاف النحاس والحديد المخلوطين فيهما أشد جهالة، وفيه نظر؛ لأن الشافعي قال عقب ذلك: «وهكذا كل ما استصنع، فلا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة، وذلك لا يضبط وزن حشوها، ولا صفته، ولا يوقف على حد بطانتها»(١).



(١) الأم (٣/ ١٣٤).

قال:

واختلف أصحابنا في السلم في الدقيق، فمنهم من قال: لا يجوز، وهو قول أبي القاسم الداركي رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه لا يضبط.

والثاني: يجوز؛ لأنه يذكر النوع، والنعومة، والجودة، فيصير معلومًا.

الشرح

نص الشافعي في «الأم»[1] في باب السلم السلف في الشيء المصلح بغيره يدل على الجواز، وقطع به الشيخ أبو حامد، ونقله عن النص.

وقال الماوردي: أنه قول جمهور أصحابنا؛ لأن نصوص الشافعي دالة عليه، وإن لم تكن مصرحة فلا وجه لمن اشتبه عليه القول فيه من أصحابنا.

ومقتضى إيراد الرافعي[2] ترجيحه، والمنع محكي عن الداركي[3] وغيره من أصحابنا، وشروطه كشروط الحنطة إلا التعرض لمقدار الحب، **وسنذكرها ويزيد الدقيق ثلاثة شروط أخرى:**

أحدها: ما طحونة من رحاء الماء أو الدولاب.

والثاني: خشونة الطحن ونعومته.

والثالث: قرب زمان الطحن وبعده.

---

(١) الأم (٣/ ١٣٦).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣١٩).

(٣) هو: عبد العزيز بن عبد الله بن محمد، أبو القاسم الداركي، أحد أئمة الأصحاب ورفعائهم، تفقه على أبي إسحاق المروزي، وانتهى إليه التدريس ببغداد، وعليه تفقه أبو حامد الإسفراييني، توفي سنة (٣٧٥ هـ). والداركي، نسبة إلى دارك (بفتح الراء) من قرى أصبهان. انظر: تاريخ بغداد ت بشار (١٢/ ٢٣٦)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٦٣).

هكذا قال الماوردي، **وفي السلم في السويق وجهان:**

أحدهما: أنه كالدقيق بشروطه كشروطه إلا الرحا، فإنه لا يصلح إلا بالدولاب.

❋ ❋ ❋

قال:

ولا يجوز السلم في العقار؛ لأن المكان فيه مقصود، والثمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، [والمعين لا يثبت][(١)] في الذمة.



الشرح

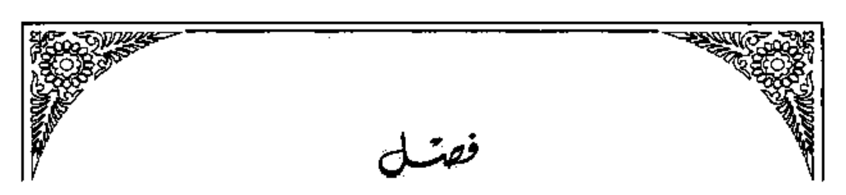
هكذا جزم به الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، والمحاملي، والمتولي، والبغوي[(٢)]، والروياني[(٣)]، والرافعي[(٤)]، وآخرون، ونقله الشيخ أبو حامد عن «الأم» في الدور والضياع، ومرادنا بالعقار: كل بناء، وأرض، وشجر مغروس، فيدخل في ذلك الدور، والضياع، والبساتين.



---

(١) في المخطوطة: «والمعين لا يثبت»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٢) التهذيب (٣/ ٥٧٦).
(٣) بحر المذهب (٥/ ١٦١).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٣١٨).

قال:



فصل

[السلم في الشيء العام]

ولا يجوز السلم إلا في شيء عام الوجود، مأمون الانقطاع في المحل، فإن أسلم فيما لا يعم، كالصيد في موضع لا يكثر فيه، أو ثمرة ضيعة بعينها، أو جعل المحل وقتًا لا يأمن انقطاعه فيه، لا يصح [لما][1] روى عبد الله بن سلام [رضي الله عنه][2] أن زيد بن سَعْنَة، قال لرسول الله ﷺ: يَا مُحَمَّدُ هَلْ لَكَ أَنْ تَبِيعَنِي تَمْرًا مَعْلُومًا إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ قَالَ: «لَا يَا يَهُودِيُّ وَلَكِنِّي أَبِيعُكَ تَمْرًا مَعْلُومًا إِلَى كَذَا وَكَذَا مِنَ الأَجَلِ»، ولأنه لا يأمن أن يتعذر السلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد.



الشرح

عبد الله بن سلام بن الحارث الصحابي المشهور أحد الأحبار، أسلم يوم قدوم النبي ﷺ [١/٩٦] المدينة وسماه: عبد الله، وكان اسمه الحصين، وشهد له رسول الله ﷺ بالجنة، وهو من بني إسرائيل من سبط يوسف بن يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم -صلى الله عليهم وسلم أجمعين- وكان حليفًا للقواقلة من الأنصار، والقواقلة كل من كان من بني غنم وبني سالم ابني عوف بن

---

(١) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «لما».

(٢) سقطت من المخطوطة.

عمرو بن عوف بن الخزرج، يقال لهم: بنو قوقل، واختلف في المسمى بقوقل، فقيل: غنم، وقيل ثعلبة بن دعد من نسله كان له عز، فكان يقول للخائف إذا جاءه: قوقل حيث شئت فإنك آمن؛ أي: انزل، فغلب ذلك عليهم، توفي عبد الله بن سلام بالمدينة سنة ثلاث وأربعين.

وزيد بن سعنة صحابي كان من أحبار اليهود، ثم أسلم وشهد مع النبي ﷺ مشاهد كثيرة، وقال: ما من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته في وجه محمد ﷺ، وتوفي في غزوة تبوك مُقبلًا إلى المدينة، وسَعْنَة بفتح السين المهملة والنون، وهذا الحديث رواه البيهقي[(١)].

وفي آخره من كلام النبي ﷺ بعد ما ذكره المصنف، **«وَلَا أُسَمِّي مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ»**، ورواه الدارقطني في كتاب «المؤتلف والمختلف»، وفيه فقال رسول الله ﷺ: **«لا أبيعك وسوقًا مُسماة من حائط مسمى إلى أجل مسمى، ولكني أبيعك وسوقًا مسماه إلى أجل مسمى»**[(٢)]، فأعطاه زيدًا ثلاثين دينارًا، فلما كان قبل محل الأجل بيومين أتى النبي ﷺ، وهذا اللفظ أحسن من الاستدلال، فإنه يدل على أن تسمية الحائط ممتنعة.

واللفظ الذي ذكره البيهقي، والمصنف من قوله: **«حائط بني فلان»**، قد يتوهم أن المانع فيه كونه مملوكًا للغير، فإن [أزالت][(٣)] رواية الدارقطني هذا الوهم، وإن كان بعيدًا، وروى ابن ماجه[(٤)] الحديث بالإسناد الذي إليه ينتهي إسناد الدارقطني والبيهقي، ولكن من غير ذكر زيد بن سعنة فيه أن عبد الله بن سلام قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنَّ بَنِي فُلَانٍ أَسْلَمُوا -

---

(١) سنن البيهقي الكبرى (٦/ ٢٤) (برقم: ١٠٨٩٧).

(٢) المؤتلف والمختلف للدارقطني (٣/ ١٣٨٨).

(٣) في المخطوطة: «زالت»، ولعل الصواب ما ذكرناه.

(٤) سنن ابن ماجه (٢/ ٧٦٥) (برقم: ٢٢٨١).

لِقَوْمٍ مِنَ الْيَهُودِ- رَأَيْتُهُمْ قَدْ جَاعُوا، فَأَخَافُ أَنْ يَرْتَدُّوا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «مَنْ عِنْدَهُ؟» فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ: عِنْدِي كَذَا وَكَذَا -لِشَيْءٍ قَدْ سَمَّاهُ- أُرَاهُ قَالَ: ثَلَاثُ مئة دِينَارٍ بِسِعْرٍ كَذَا وَكَذَا مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**بِسِعْرٍ كَذَا وَكَذَا إِلَى أَجَلِ كَذَا وَكَذَا، وَلَيْسَ مِنْ حَائِطِ بَنِي فُلَانٍ**» ولعل الرجل المبهم في هذا الحديث هو زيد بن سعنة، ولأجل ذلك نسب صاحب «التنقيب» حديث الكتاب إلى ابن ماجه ورواه الحاكم في «المستدرك»[1]، فذكر منه قطعة من حديث زيد بن سعنة، ووفاء النبي ﷺ، ولم يذكر موضع الاستدلال وقال: إنه حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الحافظ أبو الحجاج المزي أبقاه الله: «إنه حديث حسن مشهور في دلائل النبوة»[2].

قلت: ومدار الحديث من الكتب ⇑ [٩٦/ب] كلها على محمد بن حمزة بن يوسف، ويقال: ابن محمد بن يوسف بن عبد الله بن سلام، قد قال أبو حاتم: أنه لا بأس به وأبوه حمزة ذكره ابن حبان في الثقاة من التابعين، لكن وقع في حديثه هذا اضطراب ففي ابن ماجه عن أبيه، عن جده عبد الله بن سلام، وفي «المستدرك» عن أبيه، عن جده أن زيد بن سعنة، ولا منافاة بينهما، وفي البيهقي، عن أبيه، عن جده قال: قال عبد الله بن سلام، وفي الدارقطني عن رجل من أهل بيته، عن أبيه، عن جده فقال: قال زيد بن سعنة، وقال البخاري في ترجمة محمد بن حمزة: هذا عامة حديث مرسل، وليس بدال.

وقد يقال: إن هذا الاضطراب لا سيما ما ذكره الدارقطني من الرجل المجهول مع كلام البخاري موجب للتوقف في الحكم بصحة الحديث أو بحسنه، لكني تأملت ذلك فوجدت الراوي له عن محمد بن حمزة رجلين

---

(١) المستدرك على الصحيحين (٣/ ٧٠٠) (برقم: ٦٥٤٧).

(٢) تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٧/ ٣٤٧).

الوليد بن مسلم، وعبد الله بن سالم، فأما الوليد بن مسلم فلم يختلف عليه أنه عن محمد، عن أبيه، عن جده، وإنما اختلف عليه في اللفظ الذي عند ابن ماجه والبيهقي، وهو قريب.

وأما عبد الله بن سالم، فأكثر الرواة عنه كذلك، وانفرد بقية عنه بالرواية التي ذكرها الدارقطني من ذكر الواسطة المجهول وليس بقية ممن يحتمل له ذلك ويرد به رواية غيره الذين هم أجل منه[...][1] عبد الله بن يوسف[...][2] عبد الله بن سالم، كما رواه غيره، فصح أنه عن أبيه بغير واسطة، والمجهول ولم يبق فيه إلا أن حمزة هل أدرك عبد الله أولًا.

وقال ابن المنذر في باب إبطال السلم في تمر حائط بعينه «روينا هذا الحديث ثم قال: هذا كالإجماع من أهل العلم، وممن حفظنا ذلك عنه سفيان الثوري، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي»[3].

أما حكم المسألة، فقد ذكر المصنف ثلاثة قيود ورتب عليها ثلاث مسائل:

إحداها: الصيد في موضع لا يكثر فيه، يمتنع السلم فيه، وكذلك العود الرطب، وما أشبهه؛ وعللوه بعزة الوجود كما في الجارية وولدها؛ ولأنه لعدم وثوقه به بسبب العبد الآبق، ويلزم من جوز في الجارية وولدها على ما بحثه الرافعي[4] أن يجوز هنا، أما من جوزه فيما يكثر فيه كما تقتضيه عبارة الإمام، فلا يلزمه، فالإلزام وارد على الرافعي[5] في بحثه خاصة، ولو كان

---

(١) هنا في المخطوطة بياض قدر كلمة.

(٢) هنا في المخطوطة بياض قدر ثلاث كلمات.

(٣) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٠٥). باختصار.

(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٨١).

(٥) نفس المصدر (٩/ ٢٧٨).

الصيد في بلد آخر فإن[١]، (١/٩٧) كان قريبًا صح، وإن كان بعيدًا قطع الأصحاب بأنه لا يصح، وأجرى الغزالي[٢] فيه وجهًا.

قال الإمام: «والقريب ما يعتاد نقل مثله منه إلى البلد في غرض المعاملة لا في معرض التحف والمصادرات، ولا تعتبر مسافة القصر»[٣]، وذكر الرافعي أن الخلاف الآتي في انقطاع المسلم فيه في اعتبار مسافة القصر تنازع في هذا الاعتراض عنها.

الثانية: ثمرة ضيعة بعينها، أو حنطتها، أو ثمرة بستان بعينه، وعللوه بشيئين:

أحدهما: إن تلك البقعة قد يصيبها الجائحة فتنقطع ثمرتها وحنطتها، وهذا غرر لا ضرورة إلى احتماله.

الثاني: أن التعيين ينافي الدَّينية من جهة أنه يضيق بحال التحصيل.

والمسلم فيه ينبغي أن يكون دينًا مرسلًا في الذمة ليتيسر أداؤه، والعمدة ما نقله ابن المنذر[٤] من الإجماع مع الحديث المذكور، وقد ورد في «سنن أبي داود»[٥] حديث لو صح لأمكن الاستدلال به على عكسه، لكنه عن رجل بحراني مجهول، عن ابن عمر أَنَّ رَجُلًا أَسْلَفَ رَجُلًا فِي نَخْلٍ فَلَمْ تُخْرِجْ تِلْكَ السَّنَةَ شَيْئًا، فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَهُ؟ ارْدُدْ عَلَيْهِ مَالَهُ**». ثُمَّ قَالَ: «**لَا تُسْلِفُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ**»، فهذا لو[٦] صح

---

(١) كررت هنا في المخطوطة كلمة: «فإن».

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٠).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٨).

(٤) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٠٥).

(٥) (٣٤٦٩).

(٦) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «لو».

يدل بمفهومه على أنه إذا بدا صلاحه يصح السلم فيه بعينه، وهو عين المسألة.

وقد تقدم أن الحنفية[1] احتجوا به في اشتراط الوجود عند العقد، وجوابهم يضعفه أو يحمله على بيع المعين، وقد رأيت في كتب المالكية[2] أن السلم في حائط بعينه بعد زهوه جائز، ومحمله عند مالك محمل البيع لا محمل السلم، وكما لا يجوز السلم في ثمرة حائط بعينه لا يجوز في لبن غنم بأعيانها أو صوفها أو شعرها أو زبدها أو سمنها أو لباءها أو جبنها، نص عليه، وهذا كله إذا كانت الضيعة صغيرة.

أما إذا أسلم في ناحية أو قرية كبيرها، فإن أفاد التنويع كمعقلي البصرة، فإنه مع معقلي بغداد صنف واحد، لكن كل واحد منهما يمتاز عن الآخر بصفات وخواص.

فالإضافة إليها تقيد فائدة الأوصاف فيجوز، بل يجب إذا اختلف الغرض على ما سنذكره في وصف المسلم فيه، **وإن لم يفد تنويعًا فوجهان:**

أصحهما عند الرافعي[3]: الصحة؛ لأنه لا ينقطع غالبًا ولا يتضيق به المجال.

والثاني: أنه كتعيين المكيال، وعلى هذا وجهان:

أحدهما: تقييد العقد، وأصحهما يصح ويلغوا الشرط لخلوه عن الفائدة، فينبغي أن يقيد كلام المصنف بذلك.

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١١)، المحيط البرهاني (٧/ ١٥٩)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٣)، فتح القدير (٧/ ٩٠).

(٢) انظر: عيون المسائل (ص: ٤٢١)، الاستذكار (٦/ ٣٨٥)، المنتقى للباجي (٤/ ٣٠٠)، منح الجليل (٥/ ٣٧٤).

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٧٨).

فرع قال الإمام: «من اعتبر النوعية، فإذا عينها [وبنى][١] العقد [٩٧/ب] عليها، فلو فرض تمر بغداد مساويًا لتمر البصرة من كل وجه، فهذا القائل يكتفي به لا محاله، ونقول: لم يكن الغرض التعيين على الحقيقة، ولكن الغرض النوع»[٢].

المسألة الثالثة: إذا جعل المحل وقتًا لا يؤمن انقطاعه فيه، إن كان ذلك الشيء تمامًا في غير ذلك الوقت والفساد فيه؛ لأنه في معنى المسألة الأولى.

وفي معنى الثانية: إذا عللنا بالمعنى الأول دون ما إذا عللنا بأن التعين ينافي الدينية، فإنه لا يأتي هنا، ولا فرق بين أن يكون انقطاعه وقت المحل مظنونًا أو محتملًا، فلا يصح حتى يكون معلوم الوجود بالعادة، ولو كان يغلب وجوده لكن لا يتوصل إلى تحصيله إلَّا بمشقة عظيمة؛ كالقدر الكبير من الباكورة **ففيه وجهان**: أقربهما إلى كلام الأكثرين البطلان؛ لأنه عقد غرر فلا يحتمل فيه معاناة المشاق العظيمة.

وأقيسهما عند الإمام[٣]: الصحة، ومن هذا تأخذ شرطًا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره في الأجل: أن لا يضره[٤] إلى الوقت الذي تتسع فيه الثمرة، ويكثر ولا يضر به إلى أول ما يدرك ولا إلى آخرها حيث تكون عزيزة.

فرع أسلم مسلم إلى كافر في عبد مسلم، قال الروياني: «قال والدي: يحتمل أنه لا يجوز؛ لأنه يندر وجوده. ويحتمل أن يجوز؛ لأنه

---

(١) بياض في المخطوطة، وأثبتها من «نهاية المطلب» (٦/ ٣٧).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٣٧).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٣٧).

(٤) في المخطوطة: «أن يضره»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

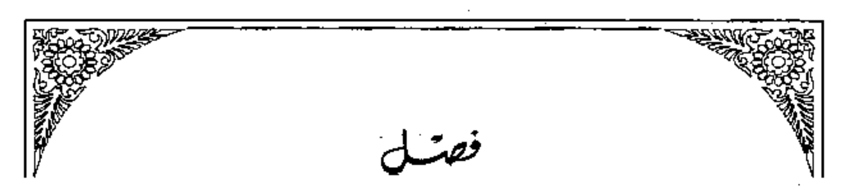
يأمر مسلمًا بقضاء دينه بعبده المسلم، ويبذل له قيمته، كما يقول له: أعتق عبدك المسلم عني وعلي كذا، ويغتفر الملك ضمنًا.

قال: ومن قال بالأول، يمنع قضاء الدين ويفرق بينه وبين العتق بأن للعتق مزية»[1].



(١) بحر المذهب (٥/ ١٣٨-١٣٩).

قال:



فصل

[القدر المعلوم]

ولا يجوز السلم إلا في قدر معلوم؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أَسْلِفُوا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، فإن كان في مكيل ذكر كيلًا معروفًا، وإن كان في موزون ذكر وزنًا معروفًا، وإن كان في مذروع ذكر ذرعًا معروفًا.

الشرح

الحديث تقدم(١) والواو فيه بمعنى «أو» التي للتنويع، وليس المقصود الجمع بين الكيل والوزن في شيء واحد، بل قد يكون ذلك مبطلًا، كما لو أسلم في مائة صاع على أن يكون وزنها كذا، لم يصح على ما قاله الرافعي(٢)؛ لعزة الوجود، واقتصر في الحديث على الكيل والوزن؛ لأنه وارد في الثمار، وهي في الغالب لا تخرج عن القسمين واحد الذرع في المذروع بالقياس والإجماع.

والمقصود: أنه إذا أسلم في مقدر لم يجز إلا في قدر معلوم، ولم يذكر المصنف المعدود، وظاهر كلامه في هذا الكتاب أنه لا يجوز السلم

(١) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٥٨).

المعدود عددًا بخلاف ما ذكر في «التنبيه»[١]، فبكل من الأمرين أخذت طائفة من الأصحاب إلا الحيوان، فإنه متفق على جوازه، ونص [١/٩٨] الشافعي في «الأم» يوافق ما قاله هنا، فإنه قال في «الأم»: «لا نجيز في شيء سوى الحيوان حتى نجده في ذرع أو كيل أو وزن»[٢].

وقد تقدم في الوزن عن الماوردي أنه لا يشترط فيه الوزن، وتفصيل هذه الجملة مذكور من بعد.



(١) التنبيه (ص: ٩٨).
(٢) الأم (٣/ ١١٣).

قال:

فإن علق العقد على كيل غير معروف، كملء زَبيل لا يعرف ما يسع، أو ملء جرة لا يعرف ما تسع، أو وزن صخرة لا يعرف وزنها، أو ذراع رجل بعينه، لم يجز؛ لأن المعقود عليه غير معلوم في الحال؛ ولأنه لا يأمن أن يهلك ما علق عليه العقد، فلا يعرف قدر المسلم فيه، وذلك غرر من غير حاجة، فمنع صحة العقد كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه.



المنع في الثلاثة الأولى مجزوم به، ونقل ابن المنذر[١] الإجماع عليه للعلتين المذكورتين، وهما: الجهل والغرر، وينبني عليهما وجهان فيما إذا قال: بعتك ملء هذا الكوز من هذه الصبرة، والأصح الصحة اعتمادًا على العلة الثانية هذا إذا كان لا يعرف، **أما إذا علق على مكيال معتاد بعينه ففي صحة السلم وجهان:**

أصحهما: يصح ويلغوا الشرط؛ لأنه لا فرض فيه.

والثاني: يفسد؛ لتعرضه للتلف.

واعلم أن ما ذكرناه في المكيال فيما إذا علق على مكيال معين بالإشارة وانقسم حكمه كما رأيت إلى مفسد ولاغ، ولا خلاف في عدم اشترطه.

أما التعليق عل مكيال معروف غير معين فشرط بلا خلاف حتى اختلفوا إذا لم يعرفه إلا عدلان، هل يكفي أو لا بد من عدد الاستفاضة على الخلاف في أوصاف المسلم فيه، ولا بد من معرفة المتعاقدين، ومثال هذا النوع

(١) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١٠٧).

الأردب لأهل مصر، والقفيز لأهل العراق، والصاع لأهل الحجاز، وكذلك الأوزان فإن الأرطال في البلاد مختلفة.

وإن كانت المكاييل أو الموازين مختلفة فلا بد من تعيين فرع منها، إلا أن يغلب أحدها فينصرف[١] الإطلاق إليه، وإن أسلم في بلد بكيل بلد أخرى أو وزنها جاز إذا علمه المتعاقدان؛ لأنه معلوم عند غيرهما.

ففي القسمين الأولين وهو ما إذا أشير إلى مكيال أو ميزان معين [. . .][٢] انقسم الحكم إلى الفساد أو الإلغاء، وذلك التعيين غير واجب بلا خلاف، وفي هذين القسمين التعيين بالتسمية واجب قطعًا، وفي هذين القسمين تكلم الشافعي، فأطلق الصحة فيما إذا شرط مكيالًا أو ميزانًا معروفًا، عند العامة قال: «ولا يبالي كان مكيالًا قد أبطله السلطان أو لا، إذا كان معروفًا»[٣].

وقال في موضع آخر من «الأم»: «ولا بأس أن يسلف في كيل بمكيال قد عطل وترك إذا كانت معرفته عامة عند أهل العدل من أهل العلم به، فإن كان لا يوجد عدلان يعرفانه أو أراه مكيالًا، فقال: تكيل به، لم يجز السلف فيه، وهكذا القول في الميزان»[٤] هذا نصه ⇑ [٩٨/ب].

وقوله: أو أراه مكيالًا، وإطلاقه ذلك شاهد[٥] للقول بالفساد إذا كان معتادًا عينه كما هو أحد الوجهين أو غيرهما، والمنع فيما إذا علق على ذراع[٦] رجل بعينه أطلقت الفساد فيه، كما أطلقه المصنف، ونقل ابن

---

(١) في المخطوطة: «فينصر»، والصواب ما أثبتناه.

(٢) بياض في الأصل.

(٣) الأم (٣/ ٩٥).

(٤) نفس المصدر (٣/ ١٠٢).

(٥) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «شاهد».

(٦) في المخطوطة: «دراع»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

المنذر الإجماع عليه أيضًا، وحكوا وجهين في ذراع نفسه أصحهما المنع؛ لاحتمال موته.

أما التعليق على ذراع معروف عند العامة، كالهاشمي، والعمري، وذراع الحدثة، فلا بد منه في المذروع كما تقدم في المكيال، هذا كله في السلم المؤجل. أما الحال، فهل هو كالمؤجل أو كالبيع فيه وجهان.

جواب الشيخ أبي حامد منهما أنه كالمؤجل؛ لأن الشافعي قال: «لو أصدقها ملء هذه الجرة خلًّا لم يصحَّ؛ لأنها قد تنكسر، فلا يمكن التسليم»[(١)] كذلك هنا، ولو قال: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب، أو في مائة صاع حنطة كهذه الحنطة.

قال العراقيون: لا يصح؛ لاحتمال، وهو الذي نص عليه الشافعي، قال الماوردي: «وهكذا كل جنس أسلم فيه على هذا الشرط»، وفي «التهذيب»[(٢)] أنه يصح ويقوم مقام الوصف، والصحيح الأول.

ولو أسلم في ثوب ووصفه، ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة، جاز إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف، هكذا قاله الرافعي[(٣)]، وهو مستمر على ما قاله هو وصاحب «التهذيب»[(٤)] في المسألة المتقدمة، أما على ما قاله العراقيون فيحتمل أن يقال بالمنع حتى يكون عدلان غيرهما يعرفان ذلك.



---

(١) الأم (٥/ ٨٢). بمعناه.

(٢) التهذيب (٣/ ٥٧٥).

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٦٥).

(٤) التهذيب (٣/ ٥٧٥).

قال:

وإن أسلم فيما يكال بالوزن، أو فيما يوزن بالكيل جاز؛ لأن القصد أن يكون معلومًا، والعلم يحصل بذلك.



السَّلم في المكيل وزنًا لا خلاف فيه، ومثَّله الشافعي[١] بالسمن والعسل كيلًا هو المشهور على الإطلاق إذا كان لا يتجافى في المكيال، وعن ابن القطان أن بعض الأصحاب منعه، وهو خلاف نص الشافعي، وحمل الإمام[٢] إطلاق الأصحاب على ما يُعد الكيل في مثله ضابطًا.

أما لو أسلم في فتات المسك، والعنبر، ونحوهما، كيلًا لم يصح؛ لأن القدر اليسير منه مالية كثيرة، والكيل لا يُعد ضابطًا فيه[٣]، وتبعه الغزالي[٤] على ذلك، أما الذي يتجافى في المكيال فلا مجال للكيل فيه، وقد تردد النظر في تجافيه، فيأتي خلاف في جريان الكيل فيه كما سيأتي في الجوز، وإنما جوزنا في هذا الباب الوزن في المكيل والكيل في الموزون؛ لأن المقصود العلم كما ذكره المصنف بخلاف الربويات؛ لنص الشارع فيها على طريق المماثلة.



---

(١) الأم (٣/ ١٠٦).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٤٩).

(٣) المصدر السابق.

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٣٢).

قال:

وإن أسلم فيما لا يكال ولا يوزن؛ كالجوز، والبيض، والقثاء، والبطيخ، والبقل، والرؤوس، إذا جوزنا السلم فيها، أسلم [فيها][١] بالوزن، وقال أبو إسحاق: يجوز أن يسلم في الجوز كيلًا؛ لأنه [٩٩/أ] لا يتجافى في المكيال، والمنصوص هو الأول.



هذا القسم الذي ليس بمكيل، ولا موزون، ولا مذروع، والسلم فيه في الجملة جائز اتفاقًا، ولا خلاف أنه لا يسلم فيها عددًا؛ لكثرة التفاوت، ولا خلاف أنه يجوز الوزن فيها كلها إذا لم تختلف قشور الجوز واللوز غالبًا، ولا خلاف أن الكيل لا يجري في البيض وما بعده لتجافيها في المكيال، وكذلك الرُّمان، والسفرجل، والباذنجان، والرانج، والبقول؛ كالكراث، والبصل، والنعنع، والهندباء، وكذلك القصيل، والقرظ، وشبهه كل ذلك لا يجوز جزمًا لاختلافه، وإنما يسلم فيه بالوزن.

والخلاف في جواز الكيل في الجوز، فأبو إسحاق يجوز فيه الكيل والوزن؛ لأنه لا يتجافى، وهو الأصح وبه قطع الماوردي، وابن الصباغ، وصححه الرافعي[٢] في «المحرر»[٣]، والنووي في «الروضة»[٤].

قال الشافعي في «البويطي»[٥] بعد أن ذكر الجوز: وإن كان لا يتجافى في

---

(١) من المطبوع من المهذب، وليست في المخطوطة.

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٦٠).

(٣) المحرر (ص: ١٦٠).

(٤) روضة الطالبين (٤/ ١٤).

(٥) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).

المكيال أسلم فيه كيلًا، والوزن أحب إلي وأصح فيه.

ونص «مختصر المزني»[١] أيضًا صريح في أن الجوز، والنارنج، والقثاء، والبطيخ، والرمان، والسفرجل، لا يُباع عددًا إلا أن يضبط بكيل أو وزن، فيوصف بما يجوز، ومقصوده أنها لا تجوز عددًا، وما ضبط منها بكيل أو وزن جاز، فما عدا الجوز لا يضبط إلا بالوزن بالاتفاق، والجوز يضبط بهما، فيجوز بهما على مقتضى النص، وإن كان ما ذكر معه لا يضبط إلى بالوزن.

والمصنف نسب الأول إلى النص، ولعله أراد نصه في «البويطي»؛ لأن فيه قال الشافعي: «وكل ما معه عددًا مما يؤكل مثل: البطيخ، والأترج والخربز والتفاح والجوز وما أشبهه، فلا يجوز السلف في شيء من ذلك عددًا؛ لاختلافه، ولا يجوز إلا وزنًا»[٢].

والجواب عن هذا النص: أن المقصود منه منع العدد وحصر الوزن على الغالب بدليل تصريحه في موضع آخر منه موزون الجوز.

واعلم أنَّا قدمنا في باب الربا في الجوز ثلاثة أوجه، هل يمتنع بيع بعضه ببعض؟ أو يجوز كيلًا أو وزنًا؟ ثالثها الذي أورده الرافعي[٣] ومشكل عليه تصحيحه هنا أنه يكال إلا أن يدعي أنه مع [. . .][٤] الكيل معيراه الشرعي الوزن وهو بعيد، أما اللوز فلا إشكال عليه؛ لأنه اختار هناك أن يكتل.

واعلم أن فصل الخطاب في ذلك ما قاله الشافعي في «البويطي»[٥] من

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٩٠).
(٢) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٦٠).
(٤) بياض في المخطوطة.
(٥) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).

تعليق جواز الكيل في الجوز، على كونه لا يتجافى، فمتى كان لا يتجافى جاز كيله ووزنه، ومتى تجافى أكثر من التمر لم يجز، وأما امتناع بيعه في باب الربا على قول فلمدلول آخر، ثم استدرك الإمام على الأصحاب إطلاقهم الجواز بالوزن، وقال: [٩٩/ب] «قشور الجوز واللوز مختلفة بالغلظ والدقة، والغرض يختلف بها، فليمتنع السلم فيها بالوزن أيضًا»(١)، ويحمل ما أطلقه الأصحاب على النوع الذي لا تختلف قشوره في الغالب، واعتمد الرافعي ذلك في «المحرر»(٢)، ولذلك قيدت في أول كلامي بما إذا لم تختلف، ولم يذكر المصنف اللوز، وذكره صاحب «البيان»(٣) ثم الرافعي(٤) عنه مع الجوز، وحكى الخلاف منهما عن أبي إسحاق، والنص كما حكاه المصنف في الجوز ومنع الكيل في اللوز بعيد.

وقد تقدم في باب الربا أنه مكيل إلا على قول القاضي حسين: والفستق والبندق يجوز فيهما بالكيل والوزن كذا في «الشامل» ولا أظن فيهما خلافًا، وعن أبي حنيفة ومالك جواز السلم في البيض والجوز عددًا.

وأعرب ابن المنذر فنقل عن: «الشافعي، وأبي ثور أن السلم في الجوز والبيض لا يجوز»(٥) وينبغي تأويل هذا على أنه لا يجوز عددًا، فإنا لا نعرف عن الشافعي خلافًا في جواز السلم فيها بالوزن.


أسلم في عدد من البطيخ كمائه مثلًا بالوزن في الكل دون كل واحدة جاز اتفاقًا، وإن بين وزن كل واحدة أو أسلم في واحدة

(١) نهاية المطلب (٦/ ٥٠). بمعناه.
(٢) المحرر (ص: ١٦٠).
(٣) البيان (٥/ ٤١٠).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٦١).
(٥) الإشراف على مذاهب العلماء (٦/ ١١٢).

فقط، فنصه في «البويطي»[١] دال على الجواز، أو لأنه قال بعد قوله في النص الذي جعلناه مُعتمد المصنف: لا يجوز إلا وزنًا.

قال: «ويسمى اللون، ويصف صغره وكبره ووسطه، ولو وصف [وزن][٢] كل واحدة من هذا كان أحوط، وإلا لم يضره»[٣]، وهذا صريح في المقصود، وكذلك البيض سواء أكان بيض دجاج، أو حمام، أو غيره، وغير ذلك.

وقال الفوراني، والقاضي حسين، والمتولي، والبغوي: لا يجوز إذا قدر كل واحدة بالوزن لعزة الوجود، ونص الشافعي يرد ذلك، وقد رأيت في «شرح الرافعي»[٤] و«الروضة»[٥] أنه لا يجوز السلم في البطيخة الواحدة، والسفرجلة الواحدة، ولا في عدد منها؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عزة الوجود، وهذا الكلام فيه استدراك في موضعين أحدهما في البطيخة الواحدة، والسفرجلة الواحدة، لمخالفته النص، وإن وافق الفوراني ومن تبعه.

والثاني: أَنَّه يوهم أنه لا يجوز في عدد من البطيخ يوزن الجميع دون كل واحد، وذلك لا يقوله أحد[٦]، وإنما مراده: إذا بين وزن كل واحدة، وعبارة الفوراني في أداء هذا المعنى أبين وإن كان مخالفًا للنص.

---

(١) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).
(٢) ما بين المعقوفتين من مختصر البويطي.
(٣) مختصر البويطي (ص: ٦١٦).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٢٦١).
(٥) روضة الطالبين (٤/ ١٤).
(٦) كرر هنا في المخطوطة كلمة: «أحد».

فرع الطوب يجوز السلم فيه بالعدد، فيصف طوله وعرضه وثخانته، وأنه من طين معروف، ويستحب الوزن، ولا يجب. هكذا نص الشافعي عليه في آخر كتاب السلف، والعراقيون أو معظمهم.

وقال الخراسانيون والرافعي: «يجمع فيه بين العد والوزن، فيقول: كذا وكذا لبنه، وزن كل واحدة ⇑[١/٢٠٠] كذا قالوا؛ لأنها تصدر عن اختيار؛ فلا يعز وجودها، ثم الأمر فيها على التقريب دون التحديد»(١)، واستدرك النووي في «الروضة»(٢) عليه نص الشافعي [...](٣) والعراقيين مشيرًا إلى توافقهم.


قال الشافعي في «الأم»: «لا يجوز السلف في شيء عددًا إلا الحيوان والثياب والخشب»(٤).

قلت: وقد علمت مما تقدم في الوزن.


التين لا يجوز إلا مكيلًا أو موزونًا، نص عليه.


المشمش يجوز السلم فيه كيلًا ووزنًا، وإن اختلف نواه بالصغر والكبر.

* * *

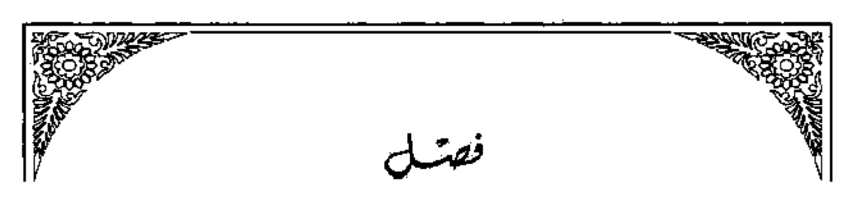
(١) فتح العزيز (٩/ ٢٦٢).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ١٤).

(٣) بياض في الأصل.

(٤) مختصر المزني (٨/ ١٧٤).

قال:



فصل

[وصف المسلم فيه]

ولا يجوز حتى يوصف المسلم فيه بالصفات التي تختلف بها الأثمان، كالصغر، والكبر، والطول، والعرض، والدور، والسُّمْك، والنعومة، والخشونة، واللين، والصلابة، والرقة، والصفاقة، [والذكورة، والأنوثة][1]، والثيوبة، والبكارة، والبياض، والحمرة، والسواد، والسمرة، والرطوبة، واليبوسة، والجودة، والرداءة، وغير ذلك من الصفات التي تختلف بها الأثمان.



هذا ضابط الأوصاف التي يجب ذكرها في السَّلم، وقد ضبطها المصنف هنا بما يختلف بها الأثمان، وهو في ذلك موافق لطائفة، وضبطها في «التنبيه» بما «يختلف بها الأغراض»[2]، وهو في ذلك موافق لطائفة أخرى، وقد يتفق الجنسان في الثمن، ويختلف الغرض بهما؛ كالكتان، والقطن في بعض الأوقات.

ومن الأصحاب من يجمع بينهما، قال الرافعي: «وليس شيء منها معمولًا بإطلاقه؛ لأن كون العبد ضعيفًا في العمل، وقويًّا، وكاتبًا وأميًّا،

---

(١) في المطبوع من المهذب: «والذكورية، والأنثوية».
(٢) التنبيه (ص: ٩٧).

وأما أشبه ذلك أوصاف يختلف بها الغرض والقيمة، ولا يجب التعرض لها»[(١)].

قلت: وهو وإن كان كذلك إلا أن الكتابة زيادة فضيلة الأصل دال على عدمها، والضعف الخارج عن العادة عيب، والقوة الزائدة فضيلة، والقدر المعتاد غالبًا هو الذي يجب بالعقد، فلما كان الأصل دالًا على عدم الكتابة والعادة دالة على الغالب في القوة والضعف، لم يحتج إلى ذكره، وبترك كلام الأصحاب على الصفات التي لا تدل أصل، ولا غالب على واحد منها كالأمثلة التي ذكرها المصنف، وحينئذٍ لا يرد سؤال الرافعي.

وإذا أردت التصريح بذلك فقل بالصفات التي تختلف بها الأثمان، ولا يدل عليها ولا على مقابلها أصل ولا عرف، لكن هذا يقتضي أنه لا يتعرض للبكارة والثيوبة، وفيه خلاف سنذكره.

فإن أوجبنا التعرض له فذلك؛ لأن دلالة الأصل على البكارة قابلها دلالة الغلبة على الثيوبة، والقول بعدم إيجابه بعيد، وفيه بحث [١٠٠/ب] يأتي عن قرب.

وأورد الرافعي على قول الغزالي: «لا يصح السلم إلا في كل ما ينضبط منه الأوصاف المذكورة أن مقتضاه صحة السلم فيما جمع الأوصاف؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات، وهو منقوص لما كان عزيز الوجود»[(٢)]، والمصنف سالم عن هذا الاعتراض؛ لأنه لم يجعله ضابطًا للمسلم فيه؛ بل ضابط الأوصاف الواجبة فيما يثبت جواز السلم فيه، لكن يبقى عليه أن شرط المسلم فيه أن يكون بما يضبط بالصفة، ولم يذكره.

وجواب هذا: أنه متى شرط الوصف بالأوصاف المنضبطة، فمن لازمه أن يكون ذلك الموصوف بما ينضبط أوصافه، هذا الكلام على الضابط،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٧٦-٢٧٧).

(٢) المصدر السابق (٩/ ٢٧٧). بتصريف يسير.

وأما الأمثلة فإن المصنف ذكر ثلاث عشرة صفة من أضدادها، ونبه بها على ما يذكر في جميع الأجناس.

فالصغر والكبر في الحبوب بالقدر، وفي الحيوان والرقيق بالسِّن، والطول في الثياب والخشب وغيرها، والعرض في الثياب، والدور في الخشب والأرخية والسمك في حجر الرحا، والنعومة أو الخشونة في الدقيق، واللين في الفطر، والرقة والصفاقة في الثياب، والذكورة والأنوثة في الحيوانات، والحديد، والثيوبة والبكارة في الجواري، وفيه خلاف، والبياض وأضداده في الحنطة والصوف وغيره من كل ما يقصد لونه، والرطوبة واليبوسة في الجُبن، والجودة والرداءة في كل شيء، وغير ذلك يريد مثل البلد في الإبريسم، والرمان، والعسل.

وقد بسط الأصحاب ذلك، وتكلموا في كل جنس وشروطه، ونحن نتبعهم؛ فنقول: مما نسلم فيه الحيوانات وهي أنواع؛ **فمنها الرقيق يجب التعرض فيه لأمور، أحدها**: النوع؛ كتركي، أو رومي، أو هندي، فإن اختلف صنف النوع وجب ذكره في أظهر القولين، وسمى الماوردي النوع جنسًا، والصنف نوعًا.

الثاني: اللون من بياض أو سواد، ويصف البياض بالسمرة أو الشقرة، والسواد بالصفا والكدرة، هذا إن اختلف لون الصنف، فإن لم يختلف لم يجب ذكر اللون كالزنج ونحوهم.

الثالث: الذكورة والأنوثة.

الرابع: السن فيقول: محتلم أو ابن ست أو سبع، والأمر(١) في السن على التقريب، حتى لو شرط كونه ابن سبع سنين مثلا بلا زيادة ولا نقصان لم يجز لندرته، والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد، وفي السن يعتمد قوله

(١) في المخطوطة: «والأ»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

إن كان بالغا، وقول سيده إن ولد في الإسلام، وإلا فالرجوع إلى النخاسين، فتعتبر ظنونهم.

الخامس: القد ككونه ستة أشبار، أو خمسة، أو سبعة، فلو قال: إنه طويل أو قصير [١٠٦/أ] أو ربعة كفى، ونقل الإمام «عن العراقيين أنه لا يجب ذكر القد»[١]، والموجود في كتبهم القطع بوجوبه[٢].

السادس: الجودة والرداءة على خلاف فيها، وسنفرد لها فرعًا فإنها عامة في كل ما يسلم فيه، ولا يشترط وصف كل عضو على حياله؛ لأن ذلك يفضي إلى عزة الوجود، وفي التعرض للكحل والدعج وتكلثم الوجه، وَسِمَن الجارية ونحوها وجهان، أصحهما أنه لا يجب؛ لأن الناس يسامحون بإهمالها.

وكذلك الملاحة، الأصح أنه لا يشترط ذكرها؛ لأنها راجعة إلى ما يميل إليه طبع كل واحد، وقطع الماوردي باشتراط السّمن أو الرقة، والصحيح اشتراط ذكر الثيابة أو البكارة في الجارية، وهو الذي قطع به الصيمري والمصنف، والماوردي[٣].

وخالف في ذلك الشيخ أبو حامد فِي آخرين، وهو بعيد، فإذا قلنا به وجب قبولها بكرًا كانت أو ثيبًا، هكذا قالوه، وينبغي أن يقال: إن كان السن المشروط يغلب فيه البكارة لم يقبل فيه إلا البكر، وينزل العقد عليه، وإن

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٥٦).

(٢) وهو ما نقله الرافعي في فتح العزيز (٩/ ٢٨٩) حيث قال: لكن كتب العراقيين مشحونة بأنه يجب ذكره [أي القد] ولم يتعرضوا لخلاف فيه. اهـ. وأيضًا النووي في روضة الطالبين (٤/ ١٨) حيث قال: ونقل الإمام عن العراقيين، أنه لا يجب ذكر القد. والموجود في كتب العراقيين القطع بوجوبه. اهـ.

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٢).

كانت كثيرة يغلب فيها الثيوبة وجب قبول الثيب، والبكارة زيادة فضيلة.

ويستحب أن يذكر تفلج الأسنان أو غيره، وجعد الشعر أو سبطه، فلو ذكر السُّبوطة فأحضر الجعد وجب قبوله بخلاف عكسه، نص عليه.

ولو شرط كون العبد يهوديًّا أو نصرانيًّا، أو الجارية كذلك جاز، ولا يلزمه قبول أحدهما عن الآخر، ولا عن المسلم.

ولو أسلم اليهودي في عبد مسلم؛ فالصحيح جوازه، وهل يعترض عليه الآن، ويؤخذ بفسخه أو حتى بقبضه؟ فيه وجهان.

ولو شرط كون العبد خبازًا أو الجارية ماشطة، جاز، نص عليه الشافعي والأصحاب، قال الشافعي: «إلا أن يكون ما وصف غير موجود في البلد فلا يجوز»[1].

قلت: يشترط أن لا يعتاد نقله إليها.

ولو شرط كونه كاتبًا أو حاسبًا أو صائغًا أو نجارًا جاز، ولو شرط كونه شاعرًا لم يجز؛ لأن الشعر طبع لا يمكن تكلفه؛ فيبعد أن يكون العبد بالأوصاف المذكورة مطبوعًا على الشعر. قاله الماوردي.

ولو شرط كونه ذا زوجة، أو أنها ذات زوج جاز؛ قاله الصيمري، ولو شرط كون الجارية مغنية غناءً مباحًا بغير الملاهي المحرمة جاز، ولو شرط كونها مغنية غناءً محرمًا بالملاهي المحرمة أو زانية، أو العبد سارقًا فوجهان، وَجَوَّز الصيمري شرط كونه زانيًا أو سارقًا أو قاذفًا، بخلاف شرط كونها مُغنية أو قوادة، وفرق بأنها صناعة محظورة، وتلك أمور تحدث كالعمى.

قال الرافعي: «وهذا فرق لا يقبله ذهنك»[2].

---

(١) الأم (٣/ ١٢١).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٩٣).

«ولو أسلم في عبد كبير أو شيخ هرم لم يجز، ولو قال في شيخ أو كهل جاز [١٠١/ب] وله أقل ما يقع عليه الاسم»، قاله الروياني[١]، وذكر العمراني في «زوائده» قال القاضي: إذا أسلم في خنثى لم يصح لتعذر الاتفاق على هذه الصفات، فإن أسلم في عبد فجاءه بخصي لم يلزمه قبوله، وإن تراضيا عليه لم يجز؛ لاحتمال أن يكون بضد ما أسلم فيه.

وبيع المسلم فيه قبل قبضه لَا يجوز، فإن أسلم في عبد فأعطاه خنثى قد زال إشكاله، وبان أنه رجل جاز له قبوله، وله الخيار إن وجده يبول من الفرجين، وإن وجده يبول من أحدهما لم يثبت له الخيار، وإن أسلم إليه في جارية فجاءه بخنثى زال إشكاله، جاز له قبوله، وله الخيار.

ولو أسلم جارية في جارية فقد ذكره المصنف في باب القرض، وسيأتي إن شاء الله تعالى، وكذلك حكاه الماوردي[٢] مطلقًا.

ومنها: الإبل، ويجب التعرض فيها لأمور؛ أحدها: الذكورة والأنوثة.

وثانيها: السن كابن مخاض، وابن لبون، وثني.

وثالثها: اللون فيقول: أحمر، أو أسود، أو أزرق.

ورابعها: النوع، فيقول من نوع بني فلان إن كثر عددهم، وعرف بهم كنتاج طيء وبني قيس، فأما النسبة إلى الطائفة القليلة فهو لتعيين البستان في الثمار، ولو اختلفت.

نعم: بني فلان؛ كأرحبية، ومهرية، ومجيدية؛ فأظهر القولين اشتراط التعيين.

ورابعها: قاله الماوردي: القد؛ فيقول: مربوع أو مشرف.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٣٩).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٢).

وقال الرافعي: «إن التعرض للتنقي من العيوب، وكونه سبط الخلق، وهو المديد القامة، الوافر الأعضاء، وكونه محفر الجنبين وهو عظيمهما واسعهما.

اتفق الأصحاب على أن ذكر هذه الأمور تأكيد وليس بشرط»[(١)].

ولو شرط في الإبل كونها عوامل أو تدور في الطحن جاز لكن يبين طحن الدقيق أو غيره، فإنَّ منها ما يحتاج إلى أن يدور عن يمينه، ومنها ما يحتاج أن يدور عن يساره، ويصعب نقله عن عادته.

ومنها: الخيل يذكر فيها ما يذكره في الإبل وذِكْرُ القد ها هنا متعين، قال الماوردي: لا وجه للإخلال به، ويُستحب أن يذكر معها الشاة؛ كالأغر، والمحجل، واللطيم، فإن تركه جاز، وله اللون الذي شرطه بهيمًا، وكذا في جميع الماشية، هكذا رأيته في «الأم».

ونقل الشيخ أبو حامد عن الشافعي أنه سلمه بشبه وغير شبه، إلا أن يذكر الأدهم، وهو الأسود فلا يسلمه إلا لذلك، وإن ذكر شبه فعلى ما يصفه، وفي الرافعي[(٢)] أنه يحمل الأشقر والأدهم على البهم، والظاهر أن ذلك على سبيل المثال لا أنه مختص بهذين اللونين.

ولو أسلم في فرس أبلق، جزم الماوردي[(٣)] بأنه لا يجوز؛ لعدم انضباطه، وفي [٢/١٠٢] «البحر»[(٤)] أن بعض أصحابنا قال بجوازه.

ومنها: البغال والحمر والبقر والغنم حكمها على ما تقدم، وما لا يتبين

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٩٥).

(٢) المصدر السابق (٩/ ٢٩٦).

(٣) بحر المذهب (٥/ ١٤١).

(٤) نقل الروياني في البحر المذهب (٥/ ١٤١) عن الماوردي أنه قال: لا يجوز لأن البلق مختلف لا يضبط. اهـ.

نوعه بالإضافة إلى قوم تبين بالإضافة إلى بلد أو غيره، ولو أسلم في بغل على أن يطحن جاز، ويوصف كل جنس من الحيوانات بما يليق به.

ومنها: الحيتان، ذكر الماوردي أنه يبين السمين والمهزول وما صيد به، والطري، والمملح، وزمان المملح.



اللحم يجب فيه بيان أمور، أحدها: الجنس، كلحم بقر أو غنم.

الثاني: النوع، فيقول في البقر: أهل عراب أو جواميس، وفي الغنم ضأن أو معز.

الثالث: الذكورة والأنوثة وخصي أو فحل.

الرابع: السن، فيقول: صغير أو كبير، ويصف الصغير بأنه رضيع، أو فطيم، والكبير بأنه جذع، أو ثني أو شبههما.

الخامس: أنه من راعية أو معلوفة، وما وجد في كلام الشافعي مما يقتضي اختصاص ذلك بلحم البعير محمول على عادتهم أنهم كانوا لا يعلفون إلا الإبل.

قال الإمام: «ولا يكتفى في العلف بالمرة والمرات، حتى ينتهي إلى مبلغ يؤثر في اللحم»[(١)].

السادس: موضعه من الفخذ، أو الكتف، أو الجنب، أو غيرها.

السابع: ذكره العراقيون: السِّمن أو الهزل، والوزن لابد منه، ولا يجوز شرط العَجَف؛ لأنه هزال عن علة؛ فهو عيب، وشرط مثل هذا العيب مفسد بأنه لا ينضبط، وَيَصِفُ الشحم بما يصف به اللحم إلا السّمن؛ فلا يتعرض له؛ لأنه لا يكون إلا كذلك، ويجب أن يذكر أنه من شحم البطن أو الكلى

(١) نهاية المطلب (٦/ ٤٣).

ولا يجوز إطلاقه، نص عليه، ويذكر في لحم الصيد ما يذكره في غيره إلا كونه خصيًّا أو معلوفًا، وضدهما فإنهما ليسا في الصيد.

قال الشيخ أبو حامد والمعتدون به: ويبين أنه صِيد بأحبولة، أو بسهم، أو جارحة، وأنها كلب أو فهد؛ فصيد الكلب أطيب.

ويذكر في لحم الطير والسمك ما يذكر في أصلهما، ولا يشترط الذكورة والأنوثة إلا إذا أمكن التمييز، وتعلق به غرض، ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسمك كبيرين، وأسلم فيه مقطعًا، فإن أسلم في الطير المذبوح غير المقطع اشترط الوزن دون تعيين العضو، ويجب تسليمه بعد تنقية جوفه من الأحشاء، وكذلك الحيتان.

ولا يجوز السَّلم في الطير المذبوح بالعدد؛ لأنه طعام؛ قاله الماوردي.

فرع إذا أسلم في اللحم، يجوز أن يشترط نوع العظم، بخلاف التمر لا يجوز أن يشترط نوع النوى، فإن شرط نزع العظم اتبع، وإن أطلق وجب قبول ما فيه من العظم على العادة، وأما الجلد فإن كان من الإبل والبقر والغنم لم يجب قبوله مع اللحم.

واستثنى الروياني لحوم الحداء الصغار فإنه يجب قبول الجلد معها، وإن كان لحم الطير والسمك فيقبل الجلد معه، ولا يجب قبول في الطيور، وأما رؤوسها ورؤوس الحيتان وأذنابها فلا تقبل إن كانت [١٠٢/ب] الحيتان والطيور كبار، وإن كانت صغارًا؛ كالعصافير، والفراخ، والحيتان الصغار، فقال صاحب «التهذيب»: «تقبل الرؤوس والأذناب»[١].

وسبقه إلى ذلك بعض البصريين من الأصحاب، وإطلاق الشافعي

(١) التهذيب (٣/ ٥٨٦).

والأصحاب، والذي قاله الروياني أنه المذهب يخالفه، ويقتضي عدم القبول إلا إن كان الذنب عليه لحم بقي إلا ويجب قبوله»[١]، وظاهره أنه لا فرق بين الصغار والكبار في ذلك، وفي «البويطي»[٢]: أطلق أنه يوزن عليه ذنب الحيتان ولا رؤوسها، قال الإمام: ويجوز أن يقال: «تزال الأجنحة من السمك الذي له أجنحة»[٣].

فرع «اللبن يبين فيه ما يبين في اللحم إلا الثالث والسادس ويبين نوع العلف لاختلاف الغرض، ولا حاجة إلى ذكر اللون والحلاوة؛ لأن المطلق ينصرف إلى الحلو، بل لو أسلم في الحامض لم يجز؛ لأن الحموضة عيب»، هكذا علله الرافعي[٤].

وفي «الأم»[٥] بأن زيادة الحموضة عيب، ولأن يوقف على حد الحموضة؛ فيقال: هذا أول وقتها، وهذا يقتضي أنا لو عرفنا أول وقت الحموضة صح، ولزمه القبول والقارص في لبن الإبل كالحامض في غيرها، هكذا في كلام الشافعي.

وقال الماوردي: إن القارص ما بعد الحليب إلى أول صفات الحامض، وأن الصيمري جوز السلم فيه وغيره من أصحابنا منعه. قال: وهو الأصح.

«ولو أسلم في لبن يومين أو ثلاثة، فإنما يجوز إذا بقي حلوًا في تلك المدة»، هكذا قال الرافعي[٦]، وفي «الأم»: «أنه لا يجوز إلا أن يقول:

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٨٦). بمعناه.
(٢) مختصر البويطي (ص:٦١٨).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ٦٧).
(٤) فتح العزيز (٩/ ٣٠٧-٣٠٨).
(٥) الأم (٣/ ١٠٩).
(٦) فتح العزيز (٩/ ٣٠٨).

حليبًا، أو لبن يومه؛ لأنه يتغير في غده. قال: والحليب ما يحلب من ساعته»[١].

ويجوز في اللبن كيلًا ووزنًا لكن لا يكال حتى تسكن رغوته، ويوزن قبل سكونها، قال الشيخ أبو حامد: ولا حاجة إلى ذكر البلد، وإن اختلف لأنه لا يمكن حمله من بلد إلى بلد، ويكون حليبًا.

وفي الرافعي[٢]: إن المخيض الخالي عن الماء لا يضر وصفه بالحموضة لأنها مقصودة فيه.

فرع السمن يبين فيه ما يبين في اللبن، وأنه اصفر أو أبيض، قال الشيخ أبو حامد: ولا يحتاج إلى ذكر الجديد؛ لأن العتيق معيب لا يجوز السلم فيه؛ فلو قال: عتيق؛ لم يصح.

وقال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب لا كل عتيق فيجب بقاؤه، وعليه يدل نص الشافعي، وقال: إنه يبين في الضأن مثلًا كونه تحديها نجدية أو تهامية لا يجزئه غير ذلك.

والسمن يكال ويوزن إلا إذا كان جامدًا يتجافى في المكيال فيتعين الوزن.

واللبأ يذكر فيه ما يذكر في اللبن، وأنه قبل الولادة أو بعدها، وأول بطن أو ثانيها أو ثالثها، ولبأ يومه أو أمسه هكذا قالوه، وهو موافق لما قاله الرافعي[٣] في اللبن فليحمل على أنه ما لم يتغير، وقد تقدم التفصيل ⇑ [١٠٣/أ] في كله أو وزنه.

---

(١) الأم (٣/ ١٠٨).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٠٩).

(٣) المصدر السابق (٩/ ٣٠٨).

والزبد كالسمن، ويذكر أنه زبد يومه أو أمسه، قال الرافعي: «وليس فيه إلا الوزن»[١]، وفي «الأم»[٢] أنه يشترطه مكيلًا أو موزونًا.

والجبن إذا جوزنا السلم فيه زادوا فيه ذكر البلد وجوبًا، وأنه رطب أو يابس، فإن كان رطبًا اشترط أن يقول: جبن يومه أو أمسه كالزبد، وإن أسلم في اليابس استحب أن يعين مدته، ونص هاهنا على أنه لا يجوز أن يشترط كونه عتيقًا أو قديمًا؛ لأنه غير مضبوط، وهو يدل لما قاله الشيخ أبو حامد في السمن، والمعتبر في الجبن الوزن.

فرع العسل يذكر أنه شامي أو حجازي، جبلي أو سهلي، فإن الجبلي أقوى وأصح، ويتداوى به بلدي أو صحراوي، صيفي أو خريفي؛ فالخريفي أحسن، ولا يشترط ذكر الجديد والعتيق؛ لأنه لا يتغير بل كل شيء يحفظ به، وذكره الشافعي، وليس بشرط، هكذا قاله الشيخ أبو حامد.

وقال الماوردي: هو شرط. وقال الماوردي: إنه يحتاج إلى ذكر مرعاه، وذكر قوته ورقته، وأنه مع ذلك ما رق بسبب الحر؛ فمقتضى كلامه أنه إذا كانت رقته بطبعه من غير حر ولا عيب لا يقبل إذا شرط القوة، ويقبل إذا لم يشترطها، وهو مقتضى كلام الشافعي أيضًا، ومطلقه محمول على المصفى، ويلزمه قبول المصفى بالشمس أو النار الخفيفة.

فرع الزيت كالسمن والعسل، لكن قال الشافعي: «إن كان قدمه يغيره وصفه بالجدة، أو سمي عصير عام كذا»[٣].

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٠٩).
(٢) الأم (٣/ ١٠٨).
(٣) نفس المصدر (٣/ ١٠٨).

ثم قال: مع ذلك إنه إن بابن العسل والسمن فكذلك لا يفسد في الزمان، ولا يتغير، قال: عصير سنة كذا وكذا لا يجزئه غير ذلك، معنى إنه إن كان يختلف بالحداثة والعتق ولا يتغير على ممر الزمان، اشترط فيه ذلك هذان الأمران، وإن لم يختلف لا يشترط شيء، هذا مقتضى كلامه بخلاف السمن والعسل، فإنه يشترط فيهما الحداثة والعتق من غير تفصيل.

فرع **التمر يذكر فيه بعد الجنس والقدر ستة أشياء:** النوع كالمعقلي، والبلد كالبغدادي، واللون، وصغر الحبات وكبرها، وكونه جديدا أو عتيقًا، قال الشافعي في «الأم»: «أو غير جديد، ولا عتيق»[1]، وسيأتي عنه مثل ذلك في الواسطة بين الجودة والرداءة، هذه الخمسة متفق عليها.

والسادس ذكره الماوردي: أن يذكر ما جف على نخله، أو جفف بعد حداده، فإن الأول أنقى، والثاني أصفى، وينبغي أن يقول في العتيق: عتيق عام أو عامين، فلو أطلق فالنص الجواز، وينزل على العتيق، وهذا قول البغداديين.

وذهب عامة البصريين إلى أنه لا يصح، وحملوا النص على تمر الحجاز الذي يتفاوت جميع عتيقه في الرداءة، ولا يجوز السلم المكنوز في القواصر والجلال [٣/١٠٣ب] لأنه لا يمكن أن يستوفى على صفته المشروطة بعد كنازه، قاله الماوردي.

وفي جواز اشتراط نزع النوى وجهان في «البحر»[2]؛ أحدهما: الصحة لنزع العظم.

والثاني: لا لتسارع الفساد، والزبيب كالتمر، والرطب كالتمر إلا الجديد

---

(١) الأم (٣/ ٩٥).

(٢) بحر المذهب (٤/ ٤٣٢).

والعتيق فلا يشترط، وقال في «الوسيط»[١]: يجب أيضًا، وهو خلاف ما عليه الأصحاب، ويسقط أيضًا وقت الجذاذ.

والعنب كالرطب، قال الماوردي: وكذا سائر الفواكه رطبها ويابسها.

فرع الحنطة وسائر الحبوب كالتمر، وصرح الشافعي والأصحاب فيها أيضًا لصغر الحبات وكبرها، وإن كانت ما جرت عادة الناس اليوم بذكره، فينبغي أن يتنبه لذلك، وشرط في «الأم»[٢] وجوب ذلك أن يكون مختلفًا، وهو صحيح.

وقال في «البويطي»: «يصف القمح أبيض مدورًا، أو أسمر مدورًا، أو طويلًا، ثم قال: وإن ترك من هذا شيئًا؛ فالسلف فاسد»[٣]. قال الماوردي[٤]: فإن الصغير أكثر في الزراعة، والكبير أنقى بعد الطحن لونًا. وقال في «الأم»: «الحدارة والرقة»[٥].

وجعلها الماوردي[٦] شرطًا آخر غير الصغر والكبر، وفسر الحدارة بأن تكون هزيلة ضامرة الجنب.

وقال في «الأم»: «يصف الحنطة من صرام عامها، أو من صرام عام أول»[٧].

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٥٣).
(٢) الأم (٣/ ١٠٤).
(٣) مختصر البويطي (ص:٦٠٩).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٣).
(٥) الأم (٣/ ١٠٤).
(٦) الحاوي الكبير (٥/ ٤٠٣).
(٧) الأم (٣/ ١٠٣).

ثم قال: «وإن ترك من هذا شيئًا لم يجز»[١]؛ لكنه في «مختصر المزني» «وأن يصف ذلك بحصاد عام مسمى أصح»[٢]؛ فهذا النص يدل على عدم وجوبه، قالوا هنا: ولا يحتاج مع إضافتها إلى البلد أن يذكر النوع، واشترط الماوردي تبعًا للشافعي والشيخ أبي حامد أن يقول: مجلوبة أو مولدة، فإن المجلوبة خير من المولدة التي تغترب بالبرية، ولا يجوز السلم في حنطة مبلولة، نص عليه. والذرة يذكر فيها ما يذكر في الحنطة.

فرع الصوف يذكر بلده ولونه وطوله وقصره، وخريفي أو ربيعي، فإن الخريفي أحسن؛ لأنه من الربيع من ذكر أو إناث، من صغارها أو كبارها، والأكثرون استغنوا بذلك عن ذكر النعومة والخشونة، ومقتضى كلام الماوردي أنها تشترط أيضًا.

ونص الشافعي[٣] أن ذكر كونه نقيًّا أو مغسولًا شرط، وأوله الأصحاب على الاحتياط.

ومنهم من قال: إن شرط الغسل واجب، ولا نزاع أن شرط الغسل جاز إلا أن يعيبه الغسل، ولا يقبل إلا نقيا من السول.والبعر وهو موزون، والشعر والوبر كالصوف، إلا أن الماوردي لم يشترط في الوبر ذكر النعومة والخشونة إذ لا يختلف.

فرع «القطن يبين بلده، ولونه، وكبره، لحمه، وقلته، والخشونة، والنعومة، وكونه عتيقًا، أو جديدًا إن [١/١٠٤] اختلف الغرض، والمطلق

(١) الأم (٣/ ١٠٣).
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٩).
(٣) الأم (٣/ ١٢٧).

محمول على الخام»، هكذا قال الرافعي[١].

وقال الشافعي: «إن كان يكون نديًّا سُمِّي[٢] جافًا، ومطلقه محمول على ما فيه الحب كالنوى في التمر»[٣]، هكذا قاله الرافعي[٤]، واقتضاه نص الشافعي.

فإن شرط كونه حليجًا جاز، وقال الماوردي: إنه يشترط كونه لقط رطبًا أو يابسًا، وكونه طويل الشعرة أو قصيرها، وكونه حليجًا أو منقًا أو باقيًا في حبه، وكونه لقط في أول السنة عند شدة الحر أو في آخرها وقت البرد إلا أن يكون في بلد لا يختلف فيها بذلك.

واختار الروياني[٥] ما ذكره الماوردي من كونه لابد من اشتراط كونه حليجًا أو مع الحب، ونسب ما ذكره الرافعي[٦] إلى اختيار الشيخ أبي حامد، وليس الأمر كما ذكره؛ لِمَا أعلمتك من نص الشافعي.

ويجوز السلم في حب القطن، ولا يجوز في القطن في الجوز قبل الشقق، أما بعده ففي «التهذيب»[٧]: أنه يجوز، وقال في «التتمة»: ظاهر المذهب أنه لا يجوز لاستتاره، وهو الذي أطلق العراقيون حكايته عن النص، ولا مجال لقول بيع الغائب في السلم.



الإبريسم يبين لونه وبلده، وغلظه ولا يشترط النعومة؛ لأنه لا يكون إلا كذلك، قال الماوردي: ويبين طول الشعرة أو قصرها،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣١١).

(٢) في المخطوطة: «سما»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) الأم (٣/ ١٢٨). بتصريف يسير.

(٤) فتح العزيز (٩/ ٣١١). بمعناه.

(٥) بحر المذهب (٥/ ١٥٦).

(٦) فتح العزيز (٩/ ٣١١).

(٧) التهذيب (٣/ ٥٨٠).

ولا يسلم في عمل صانع بعينه.

ولا يجوز السلم في القز، وفيه الدود حيًّا ولا ميتًا؛ لأنه يمنع معرفة وزن القز، وبعد خروج الدود يجوز بعد ذكر البلد والصغر، أو الكبر واللون، وأمَّا سلخ القز، قال الماوردي: وهو ما طير منه فوق الإبريسم فيجوز السلم فيه، ويحتاج إلى البلد واللون.

فرع الغزل يذكر فيه ما يذكر في القطن والرقة والغلظ، قال الماوردي: ويبين هل هو من غزل الشتاء أو الصيف، وهل هو بالمغزل أو بغيره، ويجوز السلم في غزل الكتان، ويجوز شرط كونه مصبوغًا، ويجب بيان الصبغ، وقد تقدم.

فرع قال الماوردي: لا يجوز السلم في الكتان على خشنة، فإن دق وصار مسرجًا جاز، ويصف بلده ولونه وطوله والنعومة والدقة والحداثة.

فرع الثياب يذكر جنسها من إبريسم، أو قطن، أو كتان، والنوع والبلد الذي نسج فيه إن اختلف الغرض به، وقد يغني النوع عنه، وعن الجنس أيضًا، ولا يغني هو عنهما إذا كان ما يعمل فيه مختلفًا، ويبين الطول والعرض، والخشونة والنعومة، والغلظ أو الرقة، والصفاقة أو الرقة أو التوسط، ولم يكتب الشافعي بالصفاقة حتى يضيف إليها الرقة؛ لأن الصفيق قد يكون ⇑ [١٠٤/ب] غليظًا، ويجوز في المقصور، والمطلق يحمل على الخام.

قال الشيخ أبو حامد: فإن أحضر المقصور كان أولى.

قلت: إلا أن يختلف الغرض به فلا يجب القبول ولا يجوز أن يذكر نسج

رجل بعينه، قال الماوردي: إلا أن يكون استعمالًا من النسج ينسب إلى رجل بعينه إضافة تعريف، وليس من نسجه فيجوز، ولا يجوز في الملبوس نص عليه الشافعي[١] والأصحاب لعدم انضباطه.

وأطلق الشافعي أن المغسول لا يجوز السلم فيه، قيده الأصحاب بالمغسول بعد اللبس، أما المغسول الجديد فيجوز.

قال الماوردي: ولا يجوز في الثياب المنقوشة كالسقلاطورة والحلل الديباج لأن ضبط نقشها يتعذر.

وقال الروياني مع ذلك: «يجوز في الإبراد والعنابي والحبرة وعصب الثمن؛ لأن تخطيطها مضبوط، ويصف تخطيطه في ضيقه وسعته»[٢].

ويجوز في اللبد والأكسية، ولا يجوز في الزلال المنقوشة، ولا يجوز في الجباب والقلانس؛ لما فيها من الحشو والأجناس المختلفة.

قال الصيمري: ويجوز في القُمص والسراويلات إذا ضبطت طولًا وعرضًا، وسعة وضيقًا، وتابعه الروياني[٣].

فرع الخشب أنواع، فمنه الحطب يذكر نوعه وغلظه ودقته، أو توسطه وأنه من نفس الشجرة أو من أغصانها، ووزنه، ولا يجب التعرض للرطوبة والجفاف، والمطلق محمول على الجاف، ويجب قبول المعوج والمستقيم.

ومنه ما يطلب للبناء كالجذوع، فيذكر النوع والطول، والغلظ والرقة، ولا يشترط الوزن على الصحيح، وشرطه الشيخ أبو محمد، ولو ذكره جاز

(١) الأم (٣/ ١٢٥).
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٤٣).
(٣) المصدر السابق (٥/ ١٤٤).

بخلاف الثياب حيث اختلفوا فيها؛ لأن الخشب يمكن نحته حتى يعود إلى القدر المشروط، ولا يجوز السلم في المخروط لاختلاف أعلاه وأسفله، هكذا قالوه، وينبغي أن يكون فيه الخلاف في الأواني المختلفة.

ومنه ما يطلب لنصب السكاكين والدواة وما أشبه ذلك من الخشب اللطيف، فيحتاج فيه إلى الوزن والدقة والغلظ، قاله الماوردي.

ومنه ما يطلب للغراس فيسلم فيه بالعدد، ويذكر النوع والطول والغلظ.

ومنه ما يطلب ليتخذ منه القسي والسهام فيذكر فيه النوع والدقة والغلظ، ونص الشافعي أنه يتعرض لكونه سهليًّا أو جبليًّا، ويُعين الأرض وعرض رأسه وما بين الطرفين من الغلظ وكونه مستوي النبتة، ومنهم من قال بذكر اللون أيضًا فيه، وفي خشب البناء.

فرع الجديد يذكر نوعه، وذكر أو أنثى ولونه [١/١٠٥] وخشونته أو لينه، والنحاس يُذكر نوعه من شبه وغيره، والرصاص نوعه من قلعي وغيره، ولونهما وخشونتهما ولونهما، والوزن فيهما، وفي الحديد، وإن كانت معادنهما يختلف ذكرها.

ومنع بعض الأصحاب من السلم في الصفر، وقال: إنه أخلاط يجمع ويسبك، وذهب سائر الأصحاب إلى جوازه؛ لأنه وإن كان أخلاطا فهي مقدرة إن زيد فيها أو نقص فسد، وهكذا اختلفوا في جوهر الزجاج؛ لأنه أخلاط مجموعة.

قلت: وهذا بعيد؛ لأنه قد صار شيئًا واحدًا لا يُعد مختلطًا، وإذا أسلم في الدراهم والدنانير لا يحتاج إلا إلى السِّكة والضرب، فإن لم يذكر أنها مضروبة لزمه فضة خالصة أو ذهب مسبوك.

فرع كل ما شرط ينزل على أقل الدرجات، وحيث اشترطنا ذكر البلد فيما تقدم فالمراد به البلد الكبير الذي لا يكون ذكره وتعيينه مُفسدًا للعقد.

فرع قسم الماوردي البقول على ثلاثة أقسام: قسم المقصود منه شيآن، كالخس والفجل يقصد اللب والورق؛ فالسلم فيه باطلًا لاختلافه.

وقسم المقصود منه شيء واحد وكله مقصود فيجوز وزنًا.

وقسم يتصل به ما ليس بمقصود، كالجوز والسلجم، فلا يجوز إلا بعد قطع ورقه، وأما الباذنجان بأقماعه فيحتمل أن لا يجوز إلا بعد قطع أقماعه، ويحتمل أن يجوز قبله.

فرع يجوز السَّلم في قصب السكر بالوزن، ويشترط قطع أعلاه الذي لا حلاوة فيه، هكذا قال الشافعي[(١)]، قال المزني: وأنا أقول: «وقطع مجامع عروقه من أسفله»[(٢)].

واختلف الأصحاب في اشتراط ما ذكره المزني على وجهين.

فرع الرداءة والجودة في جميع ما ذكر هل يجب التعرض لها؟ أمَّا الجودة فلا خلاف أن ذكرها لا يضر، وهل يشترط، بمعنى أنه لابد من ذكرها، أو ذكر ضدها، حكى الماوردي فيه خلافًا، وأكثر العراقيين على اشتراطه جزمًا، وهو المنصوص في مواضع من «الأم»[(٣)] نصًّا صريحًا،

---

(١) الأم (٣/ ١٣٠).

(٢) لم أجد هذا الكلام في مختصر المزني، ووجدته بنصه في الأم (٣/ ١٣٠).

(٣) انظر: الأم (٣/ ٩٥) و(٣/ ١١٧) و(٣/ ١٢٧).

اشترط أن يذكر جيدًا، أو رديئًا، أو وسطًا.

وتبعه الماوردي على إثبات الوسط بين الجيد والرديء، ونقل الرافعي «عن غير العراقيين أنها لا تشترط، ويحمل المطلق على الجيد، قال: وهو الأصح»[١]، وما صححه صحيح إن فسرت الجودة بالسلامة من العيوب، وإن فسرت بزيادة على ذلك لم يصح، بل لابد من التعرض لها كما اقتضاه النص، وأما الرداءة فهل يجوز ذكرها أو لا؟ الحق أن يقال: إن رداءة النوع يجوز ذكرها قطعا، بل يجب، وأن رداءة العيب ⇑ [١٠٥/ب] فيها خلاف.

والأصح أنه لا يجوز ذكرها، ولا خلاف أن ذكرها بعينها ليس بشرط، ومقتضى كلام الرافعي عكس هذا أن رداءة العيب لا تجوز قطعًا، وأن في رداءة النوع خلافًا، وأن الأكثرين على الجواز، وقال النووي[٢]: إن الإمام قال بالبطلان.

والذي رأيته في «النهاية»[٣] الجواز في رداءة النوع، والمنع من رداءة الوصف، وإنما رجحت ما قلته على ما قاله الرافعي؛ لأن في «البويطي»[٤] أنه يصف بالجودة والوسط، ولا يجوز أن يشترط رديء؛ لأنه لا يقع على حدة.

وقد قيل: يجوز السلم - السلف - في الرديء، هذا لفظه في «البويطي»[٥]، فوجب أن يكون له في جواز اشتراط الرديء قولان، **والمراد بهذا الرديء: رداءة العيب لأمرين، أحدهما:** قوله: لا يقع على حدة.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٢١). بتصريف يسير.

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٢٨).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٤٠).

(٤) مختصر البويطي (ص:٦١٣-٣١٤).

(٥) نفس المصدر.

والثاني: أن رداءة النوع مثلوها بالجعرور ومصران الفأرة، وشبهها في التمر.

والشافعي قد ذكر أنه يذكر الصنف، ويذكر منه الجيد أو الرديء، ولا نزاع في أن التعرض للنوع واجب، فكيف يقال: إن رداءة النوع لا يجب ذكرها، ومن ضرورة إهمالها النوع، وهذا لا يخفى على متأمل:

وليس معنى قولنا: إن رداءة النوع يجب ذكرها إلا أنه يذكر النوع المعروف بالرداءة لا أنه يذكره، ثم يذكر كونه جيدًا أو رديئًا، فإن ذلك هو رداءة الوصف، وفي هذا موافقة للرافعي[1] في بعض ما قاله في المعنى، وإن خالفه في العبارة فيقطع بأنه لابد من ذكر النوع جيدًا كان؛ كالصيجاني، والبرني، أو رديئًا كالجعرور، ومصران الفأرة، ويجوز محل الخلاف في رداءة الوصف التي لا تُوقف على حدها، والأصح أنه لا يجوز ذكرها للجهل، وهو الذي اقتضى تقديمه في «البويطي»[2] ترجيحه.

نعم، هاهنا نظر آخر، وهو أنه يمكن أن يقال: إن رداءة الوصف غير رداءة العيب، كما أشرنا إليه في أن الجودة قد يقال: إنها أزيد من السلامة من العيوب، فإذا فسرت الرداءة بانتفاء ذلك الوصف، وإن لم يكن معيبًا أمكن أن ينزل عليه الخلاف المذكور في «البويطي»، ويجزم في المعيب بالبطلان.

وحينئذ تصير الرداءة على ثلاثة أقسام: رداءة النوع، وذكرها شرط قطعًا بذكر ذلك النوع، ورداءة العيب، وذكرها مفسد، ورداءة الوصف، وهي محل الخلاف، فإن صح ذلك كان الأصح في رداءة الوصف أيضًا الاشتراط على خلاف ما صححه الرافعي لاختلاف الغرض به.

ويوافق ذلك قولِ الشيخ أبي حامد في الجيد والرديء: مشترط ليس

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٢١).

(٢) المصدر السابق.

المراد به العيب، وإنما المراد به الدون، وعلى هذا يكون ذكر واحد من الجودة أو الرداءة شرطًا بعد ذكر النوع، وهو إطلاق العراقيين فليتأمل ذلك.

وتجويز الشافعي اشتراط الوسط بين الجيد والرديء [١٠٦/أ] يقتضي أن من ذلك ما لا يصدق عليه جيد ولا رديء، فإن كان كذلك فمن ضرورة ذكره عدم ذكر الجيد والرديء، ويكون الشرط واحد من الثالثة.

فرع العيب الذي لا ينضبط كلام الشافعي والأصحاب جازم بأنه لا يجوز شرطه، وقد علمت ما ذكرناه في رداءة العيب، والعيب المنضبط يجوز شرطه كقطع اليد والعمى والعور ونحوه.

فرع لو أطلق شرط الرداءة من غير تعيين، قال أبو إسحاق العراقي: قال الأصحاب: يجوز، ويحمل على رداءة النوع إذ هو المتعارف.

قلت: ولا يصح ذلك؛ لأن تعيين النوع شرط.



قال:

ويرجع فيما لا يعلم من ذلك إلى نفسين من أهل الخبرة.



الأوصاف تكون مشهورة، وقد تكون غريبة كما في بعض أنواع العطر، ولابد من معرفة المتعاقدين بها، فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح، والأصح المنصوص أنه لابد مع معرفتها من معرفة غيرهما ليرجع إليه عند التنازع.

وقيل: يكفي معرفتهما، والنص محمول على الاحتياط.

فإن قلنا بالصحيح، فهل يعتبر فيها الاستفاضة، أو يكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان، أصحهما: الثاني، وهو الذي نص عليه في «الأم»[1] في باب متاع الصياد له، ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكتال إلا عدلان، وقد تقدم بيانه.

إذا عرفت ذلك فينبغي أن يحمل قول المصنف على أنه يرجع إلى عدلين عند التنازع فيما يحضره المسلم إليه، هل هو بذلك الوصف أو لا حيث يكون الوصف خفيًّا يقبل النزاع، وليس المراد بالاكتفاء بمعرفتهما حالة العقد ليوافق قوله ما ذكره الأصحاب.



(١) الأم (٣/ ١١٦).

قال:

وإن شرط الأجود لم يصح العقد؛ لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه؛ فيطالب به فلا يقدر عليه.



تقدم الخلاف في اشتراط ذكر الجودة، وسواء اشترطناها أم لا فاشتراط الأجود لا يجوز، هذا هو الصحيح المنصوص الذي قطع به الأكثرون لما ذكره المصنف، ولأنه غير معلوم فكأنه شرط شيئًا مجهولًا؛ لأن الأجود عند الإطلاق يقتضي أعلى درجات الجودة؛ فأي شيء أتى به ينازعه المسلم في أنه هو الأعلى؛ لأنه لا يكتفي منه بدونه، بخلاف الجيد فإن له ما صدق عليه اسم الجودة، ويكن الإتيان به بحيث لا يقبل المنازعة.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن من أصحابنا من خرج قولًا أنه جائز؛ **فاجتمع في المسألة طريقان، أحدهما:** القطع بالمنع، وهي المذهب.

والثانية: على قولين وهي ضعيفة، واعلم أن الأجود هنا المراد به في الصفات لا في الأنواع لم يجز أيضًا؛ لأن تعيين النوع لابد منه.

ولكن العلة المذكورة من كونه لا جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما أجود منه لا يأتي هنا؛ لأن الأنواع قد تكون معلومة [١٠٦/ب] ⇑ ويعرف ما هو الأعلى منها؛ فلا يقبل النزاع، لكن لابد من تعيين النوع فلذلك يفسد، وهذا قلته تفقهًا لا نقلًا.



قال:

وإن شرط الأردأ، ففيه قولان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه ما من رديء إلا ويجوز أن يكون دونه ما هو أردأ منه، [فيصير كالأجود.
والثاني: أنه يصح؛ لأنه إن كان ما يحضره هو الأردأ فهو الذي أسلم فيه، وإن كان دونه أردأ منه][(١)] فقد تبرع بما أحضر فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم.



الخلاف في ذلك قولان، ويقال: وجهان: المنصوص في «المختصر»[(٢)] و«الأم»[(٣)] المنع كما في الجودة؛ فيفسد العقد، وعلله الشافعي في «الأم» بأن الأردأ لا يوقف عليه، وصححه الجوري والروياني[(٤)]، وقال الشافعي في «الأم»: «الرديء قد يكون بالعرق وبالسوس وبالقدم؛ فلا يوقف على حده»[(٥)].

وأصحهما عند جماعة منهم الرافعي[(٦)]، والنووي[(٧)]: الجواز، ونص عليه في «الأم»[(٨)] في باب السلف في الزيت، قال: إنه يكرهه، ولا يفسد به العقد، وعلله بما ذكره المصنف، والتحقيق إن عللنا المنع في الأجود

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من المخطوطة نقل نظر من الناسخ. وأثبتناه من المهذب.
(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٩).
(٣) الأم (٣/ ٩٦).
(٤) بحر المذهب (٥/ ١٣٣).
(٥) الأم (٣/ ٧٣).
(٦) فتح العزيز (٩/ ٣٢٠).
(٧) روضة الطالبين (٤/ ٢٨).
(٨) الأم (٣/ ١٠٩).

بالنزاع، وامتناع المسلم من القبول فيصح؛ لأن امتناعه من الرديء وطلب الأردأ تعنت، وإن عللنا بالجهل فلا يصح؛ لأن الأدنى ليست له رتبة معلومة، وصار كالأجود.

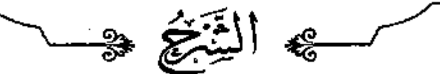
والذي يظهر أن هذا الخلاف جار سواء منعنا اشتراط الرديء أو جوزناه، فإنا إن منعناه فلعدم الوقوف عليه يتنازعان أن الذي أحضره غيره أصلح أم لا؟ كما اقتضاه كلام الشافعي، وهذا النزاع مفقود في الأردأ لعلة الوجه الثاني، وإن جوزنا اشتراط الرداءة فقد يمنع اشتراط الأردأ للجهل به.

ويظهر أيضًا أن هذا لما هو في رداءة الوصف أو العيب إن تمايزنا بينهما، أما رداءة النوع فإذا شرط أردأ الأنواع يتجه أن يقال: لا يصح؛ لأن تعيين النوع لابد منه كما قلناه في الأجود، وجعل أبو إسحاق العراقي القولين في شرط الأردأ من حيث النوعية، وأظن ذلك تفقها منه، ووهمًا، وكيف يقال: إنه إذا أتى بالأجود من حيث النوعية يجب القبول، والأكثرون على عدم وجوب أخذ النوع عن النوع أو على منعه.



قال:

وإن أسلم في ثوب بالصفات التي يختلف بها الثمن، وشرط أن يكون وزنه قدرًا معلومًا، ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح، وهو قول الشيخ أبي حامد الأسفراييني رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه لا يتفق ثوب على هذه الصفات مع الوزن المشروط إلَّا نادرًا؛ فيصير كالسلم في جارية وولدها، وكالسلم فيما لا يعم وجوده. والثاني: أنه يجوز؛ لأن الشافعي - رحمة الله عليه - نص على أنه إذا أسلم في آنية وشرط وزنًا معلومًا جاز، فكذلك ها هنا.



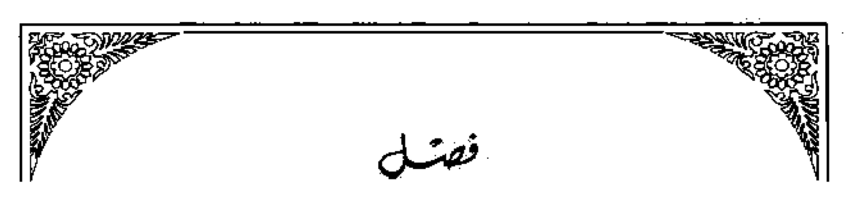
قول الشيخ أبي حامد جزم به الرافعي[1]، والثاني رأيته منصوصًا في «الأم»[2] في الآنية من المرمر، ذكره في باب السلف في الحجارة، والصفات التي يجب [١٠٧/أ] ذكرها في الثياب سيأتي.

وفصل الماوردي، فقال: إن أمكن نسجها في ذلك الطول والعرض بذلك الغزل من وزن معروف فلا يتعداه؛ جاز ويكون أولى من الإخلال به، وإن كان يتعذر على صناعه لم يجز، وكان السلم باطلًا، قال: وقد نص الشافعي على هذا في «الأم»[3].

***

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٥٨).
(٢) الأم (٣/ ١٢٩).
(٣) المصدر السابق (٣/ ٩٥).

قال:



فصل

[الأجل المعلوم]

وإن أسلم في مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس رضي الله عنهما: [أن](١) النبي ﷺ قال: «أَسْلِفُوا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»(٢). ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه؛ كالكيل والوزن وسائر الصفات.



الشرح

هذا صحيح، ولا خلاف لو أجل لمجيء المطر لم يصح، وكذا بقدوم الحاج، وما أشبهه، أو أن يقول: إلى شهر كذا فإن لم يتهيأ فإلى شهر كذا، ويشترط مع علم الأجل أن يكون إلى وقت يتيسر فيه المُسَلَّمُ فيه على ما تقدم بيانه.

❊ ❊ ❊

---

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٤٠)، ومسلم (١٦٠٤).

قال:

والأجل المعلوم ما يعرفه الناس؛ كشهور العرب، وشهور الفرس، وشهور الروم، وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان.

الشرح

شهور العرب التي أولها المحرم، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ﴾، وأجمعوا على جواز التأجيل بها[١].

وشرط التأجيل بها على ما قال الماوردي، والفوراني: أن يكون المتعاقدان[٢] عارفين بذلك.

فإن لم يكونا عارفين، لم يصحَّ قولًا واحدًا، وشهور الفرس كإسفندار، وشهور الروم؛ كتموز وحزيران.

فإن كان العاقدان جاهلين بها لم يجز التأجيل بها، وإن كانا عالمين بها فالمشهور الجواز.

وفي «الحاوي» عن البصريين المنع، وجعله كالخلاف في الفصح ونحوه، وأعياد المسلمين الفطر والأضحى، والتأجيل بهما جائز، وكذلك بعرفة وعاشوراء؛ لأنها معروفة مضبوطة، لكن في العيد إذا أطلق يكون لربيع وجمادى عند الإطلاق، فيجري فيه الخلاف إلا أن يكون بين العيدين فينصرف إلى عيد النحر؛ لأنه الذي يليه حج.

والنيروز معروف، والمهرجان والتأجيل بهما مختلف فيه؛ فالأصح الصحة، وبه قال البغداديون من أصحابنا، وهو الذي أورده ابن الصباغ

---

(١) انظر حكاية الإجماع: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٣٤)، الأوسط لابن المنذر (١٠/ ٢٨٠).

(٢) في المخطوطة: «المتعاقدين»، والصواب ما أثبتناه.

والبندنيجي وسليم، والمصنف وغيرهم، واختاره الإمام[١] والغزالي[٢].

وعن البصريين منعه، وفي كلام «المختصر»[٣] لهم متعلق غير سالم من نزاع.

وعلله الإمام[٤] بأنهما مطلقان على الوقتين الذي تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل برجي الحمل والميزان، وقد يتفق ذلك ليلًا ثم ينحبس سير الشمس كل سنة قدر ربع يوم وليلة [. . .][٥].

والصحيح الجواز، وليس كما يختص به أهل الكتاب من أعيادهم، والمعروف في هذه البلاد أن إليه [ورّادًا وفي يوم من يوم][٦]، وذلك قبل انتهاء الشمس إلى برج الميزان بأيام، والبيع إلى الصدر وهو يوم النفر من منى جائز، نص عليه في «الأم»[٧] [١٠٧/ب] ⇧.



(١) نهاية المطلب (٦/ ٣١).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٢٦).

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٨٩).

(٤) نهاية المطلب (٦/ ٣١).

(٥) هنا بياض قدر كلمتين.

(٦) كذا في المخطوطة.

(٧) الأم (٣/ ٩٧).

قال:

فإن أسلم إلى الحصاد، أو إلى العطاء، أو إلى عيد اليهود والنصارى، لم يصح؛ لأن ذلك غير معلوم؛ لأنه[١] يتقدم ويتأخر.



التأجيل بالحصاد مفسد سواء كان إلى نفس الحصاد أم إلى وقت الحصاد؛ لأن الوقت يتقدم ويتأخر، وهذا مطرد في تأجيل السلم والثمن، وفي صحة تأجيل الضمان بوقت الحصاد وجه، وعن مالك[٢]، وأحمد[٣] وأبي ثور: جواز التأجيل بالحصاد، والتأجيل بالعطاء مفسد إذا أريد حصوله[٤].

وممن قال بذلك ابن عباس، وأبو حنيفة[٥]؛ لأنه لا يدري متى حصل، فقد يؤخره السلطان عن حينه. وعن ابن عمر: أنه كان يبتاع إلى العطاء. وقال ابن أبي ليلى: يصح العقد والمال حال، «وقد ذهب ابن خزيمة فيما حكاه الرافعي[٦] عن ابن كج عنه إلى جواز التأجيل بالميسرة؛ لما روى النسائي[٧]

---

(١) في المخطوطة: «لا» وما أثبتناه من المهذب.

(٢) انظر: الكافي (٢/ ٦٩٢)، الذخيرة (٥/ ٢٥٤)، التاج والإكليل (٦/ ٥٠٠)، حاشية الخرشي (٥/ ٢١٠).

(٣) انظر: الإنصاف (٥/ ٧٨)، شرح الزركشي (٢/ ١٠١)، المبدع (٤/ ١٨٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٣).

(٤) انظر: الأم (٣/ ٩٦)، البيان (٥/ ٤٢٨)، فتح العزيز (٩/ ٢٣٠).

(٥) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٤)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥).

(٦) فتح العزيز (٩/ ٢٣٢).

(٧) النسائي (٧/ ٢٩٤).

عن عائشة؛ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ إِلَى يَهُودِيٍّ أَنِ ابْعَثْ إِلَيَّ بِثَوْبَيْنِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ».

وأجابوا عنه بجوابين، أحدهما: لعل الوقت كان معلومًا.

والثاني: أنه من رواية حربي بن عمارة، وقد قال أحمد: فيه غفلة، إلَّا أنه صدوق.

قال ابن المنذر: ولم يتابع عليه، فأخاف أن يكون من غفلاته. وعد النووي قول ابن خزيمة هذا من الوجوه الشاذة.

أما التأجيل بوقت العطاء، فجائز إذا كان معلومًا؛ فإنه وقت لا يتقدم ولا يتأخر، وعيد اليهود الذي يمثل الفقهاء به كثيرًا الفطير، وعيد النصارى الفصح بالصاد، وفي كلام الشافعي بالسين، وهو عيدهم يأكلون فيه اللحم، والتأجيل به نص الشافعي[1] على فساده؛ لأنه مجهول؛ فإن لهم فيه حسابًا ينسبون فيه أيامًا، ويتقدم ويتأخر، ولا يمكن قبول شهادة النصارى فيه.

وقال الأصحاب: إن علمها المسلمون دونهم فوجهان؛ أصحهما: وبه قال البغداديون: الجواز.

والثاني: وهو قول البصريين: المنع، قال الإمام[2]: ولا وجه له إلَّا التأقيت بأعياد الكفار، وإن لم يعرفها المسلمون إلَّا منهم اتفق الأصحاب على المنع، واستدرك ابن الصباغ ما إذا كانوا عددًا كثيرًا في البلاد الكبار بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب.

ولا فرق في جميع ما ذكر بين الفصح للنصارى والفطر لليهود، وسائر أعياد المسلمين أهل الملك، وإذا قلنا: لا يجوز التأجيل بهذه الأعياد، ففي

(١) الأم (٣/ ٩٦).

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٣٢).

تأجيل الضمان بها قولان عن ابن سريج، وهما في «الحاوي» في بابه.

ولو قال: إلى الصيف أو إلى الشتاء لم يجز؛ إلا أن يريد الوقت، ولما تكلم الرافعي في التأجيل بالفصح والنيروز قال: «إنه لو عرفها المتعاقدان دون غيرهما كفى في الأصح»[١].

وقيل: لابد من معرفة عدلين سواهما، ولو [١٠٨/أ] عرفها الناس ولم يعرفها المتعاقدان كفى عند الأكثرين، هكذا قال.

والذي قاله الفوراني والماوردي: أنه إن لم يكن معلومًا عندهما لم يجز؛ وإن كان معلومًا عندهما، فالأصح الجواز، وفرق الرافعي على ما ذكره بين هذا وبين صفات المسلم فيه حيث يشترط علم المتعاقدين، وكذا علم غيرهما على الأصح؛ فإن الجهالة هنا راجعة إلى الأصل؛ فاحتمل فيها ما لم يحتمل في الأوصاف.



(١) فتح العزيز (٩/ ٢٣٣).

قال:

وإن جعله إلى شهر ربيع أو جمادى صح، وحمل على الأول منهما، ومن أصحابنا من قال: لا يصح حتى يبين، والمذهب الأول؛ لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر [حمل على النفر][(١)] الأول.

الشرح

إن قيد بالأول أو بالثاني صح في الجميع، ولا إشكال، وإن أطلق وهي مسألة الكتاب، فالوجهان في ربيع وجمادى مشهوران في الطرق، ونقلهما الخراسانيون عن صاحب «التقريب» في النفر أيضًا.

والصحيح الصحة، والحمل على الأول في المسألتين عند أكثر الأصحاب، وبه جزم ابن الصباغ إلَّا أن الأرغياني[(٢)] اختار الفساد في مسألة النفر، وهو غاية البعد.

وقد يقول المنتصر للوجه الضعيف في ربيع بأن الاسم صادق على الأول، والثاني بالاشتراط، فهو متردد بينهما، والنفر صادق على الأول والثاني بالتواطؤ، فلا يلزم من نص الشافعي في الثاني أن يطرد في الأول، فإن المتواطئ يكفي فيه المسمى، والمشترك متردد لا دلالة له على واحدة بعينه، ألا يمكن هنا القول بحمله على الجميع، كما يقوله الشافعي.

هذا غاية ما يمكن في الفرق، وفيه نظر.

---

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) هو: محمد بن عبد الله بن أحمد الأرغياني، أبو نصر، فقيه شافعيّ؛ من أهل أرغيان (من نواحي نيسابور) انتقل إلى نيسابور وتوفي بها سنة: (٥٢٨هـ = ١١٣٤م). تتلمذ لإمام الحرمين، وصنف «الفتاوى» في مجلدين ضخمين، ويقال لها: «فتاوى الأرغياني». انظر: طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٦/ ١٠٨)، طبقات الشافعيين لابن كثير (ص: ٥٧٧).

قال الرافعي: «ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول»[(١)].

قلت: وعلى الوجه الآخر إذا قيده يحتمل أيضًا ألَّا يحتاج إلى تعيين السنة، ويحتمل أن يحتاج، وهو قياسه، وحينئذ يطرد ذلك في جميع الشهور، ولو قيد النفر بالأول أو الثاني ارتفع الإشكال، وفي «الحاوي»: أن التأجيل بالنفر الأول أو الثاني يصح لأهل مكة؛ لأنهم يعرفون أن الأول الثاني عشر من ذي الحجة، والثاني الثالث عشر، وفي جوازه لغيرهم وجهان.

ولو أجل بالقر وهو الحادي عشر أو بالجلاء وهو الثالث عشر لم يجز لغير أهل مكة لجهلهم به، وفي جوازه لأهل مكة وجهان، وجه المنع أنه لا يعرفه إلَّا خواصهم، قال الرافعي: «وهذا غير فقيه؛ لأنا إذا اعتبرنا علم المتعاقدين فلا فرق، وإلَّا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم»[(٢)].

وأجاب النووي بأن مراده لغيرهم غير الفقهاء والحجاج ومن في معناهم ممن يعرفه، قال: وهذا الوجه الذي [١٠٨/ب] ذكره في «الحاوي» قوي، ودعوى الإمام الرافعي شهرته عند غير الفقهاء ففي معناهم لا تقبل، ربما لا يعرف السفر كثير من الفقهاء»[(٣)].

الماوردي موافق للأصحاب في الصحة، وأما تردده في جوازه لغير العارف به، فهو كالتردد في أنه هل يشترط معرفة المتعاقدين بالأجل، والصحيح لا.

* * *

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٣٤).
(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٣٥).
(٣) روضة الطالبين (٤/ ٩).

قال:

وإن قال: إلى يوم كذا، كان المحل إذا طلع الفجر، وإن قال: إلى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التي يرى فيها الهلال.



في اليوم خلاف شاذ أنه من طلوع الشمس، ولكنه ليس في المذهب بل لبعض العلماء وقد أطبق أصحابنا على الحلول بأول جزء منه لتحقق الاسم به، وربما يقال بانتهاء ليلته وانسلاخ الشهر الذي قبله، قال الرافعي: والمقصود واحد[1].

قلت: وقد فرق الماوردي بين التأجيل برمضان وسلخ شعبان وإن كان الحلول فيهما بغروب الشمس، فقال: إن غروب الشمس فيما إذا كان الأجل سلخ شعبان يكون مقارنا للحلول، وفي قوله: إلى رمضان يكون متقدمًا عليه.

وأما ما قاله الماوردي صحيح، والمعتبر الفجر الثاني، ولا فرق في ذلك بين أن يقول: إلى يوم الجمعة، أو يوم النَّيروز، أو يوم العيد في الكل يحل بطلوع الفجر.

واعلم أنا وإن حكمنا بالحلول، فالمطالبة إنما تتوجه عند إمكان الأداء كما قاله الماوردي، وهذا في هذا الموضع وفي غيره، **ولو قال: إلى نهار كذا ذكر الماوردي هنا وجهين؛ أحدهما**: أنه من طلوع الفجر.

والثاني: من طلوع الشمس، لكن المشهور أن النهار من طلوع الفجر وأكثرهم لا يحكي فيه خلافًا، وقد ذكروا ذلك في الطلاق وغيره، وعن أبي

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٣٨).

حنيفة[1] أنه إذا قال: إلى يوم كذا دخل اليوم في العشاء، ولم يحل إلَّا بغروب الشمس منه، ووافق في الشهر أنه لا يدخل.



(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٤)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٥).

قال:

وإن قال: محله يوم كذا، أو شهر كذا أو سنة كذا، ففيه وجهان، قال أبو علي ابن أبي هريرة: يجوز، ويحمل على أوله كما لو قال لامرأته: أنت طالق في يوم كذا، أو في شهر كذا، أو في سنة كذا، فإن الطلاق يقع في أولها.
والثاني: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم، والشهر، والسنة، فإذا لم يُبَيِّنْ كان مجهولًا، ويخالف الطلاق، فإنه يجوز إلى أجهل مجهول، فإذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم.



الذي صححه المصنف صححه جمهور الأصحاب وفرقوا بالفرق المذكور، قالوا: فكأنه قال: في وقت من الأوقات يوم كذا ولا شك أن السلم لا يصح بذلك بخلاف الطلاق، وأورد ابن الصباغ أنه لو كان مجهولًا لوقع [٩/١٠٦] الطلاق في الجزء الأخير دون الأول، قال الرافعي: «وهذا حسن، والفرق مشكل»[(١)].

قلت: وقد أجاب إسماعيل الحضرمي بجواب حسن، فقال: ما كان مراد الأصحاب أن الطلاق إذا قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم يتعلق بأوله، وأما السلم فلا يدخل بقدوم زيد، فكذا لا يدخل بالعام.

قال ابن الصباغ: وقد نص الشافعي على ما قال الأصحاب في المكاتب إذا كاتبه على عشر سنين يؤدي في كل سنة كذا وكذا لم يجز حتى يبين أولها وآخرها، والذي ذكره المصنف عن ابن أبي هريرة أنه يحمل على الأول ذكره ابن الصباغ.

(١) انظر: فتح العزيز (٩/ ٢٣٩).

ومقتضى كلام الماوردي أنه يصح، ولا يحمل على الأول فيكون ذلك وجهًا ثالثًا غير ما في الكتاب، وفي الطلاق وجه، أقول: إنه لا يقع إلا في آخر اليوم، ولكن المشهور ما سبق، والقول الأول مذهب أبي حنيفة.

وجمهور الأصحاب سووا في ذلك بين اليوم والشهر والسنة.

وحكى الطبري في «العدة» وجهًا أنه يصح في يوم كذا دون الشهر، وجعل صاحب «الحاوي» ذلك على مراتب، فجزم في السنة بالبطلان، وحكى في الشهر وجهين، والأصح عنده البطلان كالسنة، وفي اليوم وجهين والأصح عنده الصحة لقرب طرفيه. قال النووي: «والأصح المعتمد ما قدمناه»[١].

فرع لو قال: إلى أول شهر كذا أو آخره قال الرافعي: «فعن عامة الأصحاب بطلانه؛ لأن اسم الأول والأخير يقع على جميع النصف فهو مجهول، وقد قال الإمام وصاحب «التهذيب»: وجب أن يصح ويحمل على الجزء الأول من كل نصف على قياس مسألة النفر، ولأن اليوم يحمل على أوله، وإن كان اسم اليوم عبارة عن جميع الأجزاء، وبالقياس على الطلاق»[٢].

ولأن التأجيل إلى الشهر يحمل على أوله، وإن كان اسم النوع عبارة عن جميع الأجزاء، وبالقياس على الطلاق، ولأن التأجيل إلى الشهر يحمل على أوله فإذا صرح بالأول كان آكد، وقال الإمام: «وإذا لم يكن لصاحب المذهب نص، ورجع الكلام إلى تغاير الألفاظ، اتسع المقال، وارتفع الحرج، ولست أرى مثل هذا مخالفة في المذهب، فإن المحذور خلاف نص المذهب»[٣].

---

(١) روضة الطالبين (٤/ ١٠).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٣٩).

(٣) نهاية المطلب (٦/ ٣١).

قلت: وما ذكره الإمام عن الأصحاب لم أره إلَّا في طريقة الخراسانيين، والذي أبداه من البحث واختاره هو الصحيح، وهو الذي ذكره هو في الأول والآخر، وذكره الفوراني والقاضي حسين، والبغوي[١] في الآخر.

والذي أبداه الإمام من البحث واختاره هو الذي يدل عليه نصه في «البويطي»، فإنه قال: «ويسمى أول الشهر، أو كذا وكذا يومًا يمضي من الشهر»[٢]، وكذلك قال الشيخ أبو حامد ؒ [١٠٩/ب] وسوى بين إلى شهر رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله، وقال إنه إذا قال: إلى أول يوم من الشهر الفلاني، فالمحل أول جزء من أول يوم من الشهر، وكذلك الماوردي سوى بين الشهر والأول والغرة، بل جعل الأول والغرة هما الأصل، وشبه الشهر بهما.

وعجب كونه خفي هذا النقل عن أولئك الأئمة، حتى إن الإمام وصاحب «التهذيب» لم يذكراه إلَّا بحثًا.

فرع قال: عقب شهر كذا، فهو فاسد نص عليه، وكذلك عجزه، ذكره الماوردي وعللهما بأنه يتناول ما بعد النصف.

قلت: وقد فرقت العرب بين عَقِب الشهر بفتح العين وكسر القاف، وبين عُقْب الشهر بضم العين وإسكان القاف؛ فالثاني آخره، والأول إذا بقيت منه بقية، فينبغي أن يحمل كلام الشافعي والماوردي على الأول، ومن قال من الأصحاب: إنه لا يصح التأجيل بآخر الشهر يصح له أن يقرأها بالوجهين، لكنه لا يوافق قول الماوردي عجز.



---

(١) التهذيب (٣/ ٥٧١).

(٢) مختصر البويطي (ص: ٦٠٩).

قال:

وإذا ذكر شهورًا مطلقة حُمل على شهور الأهلة؛ لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة، فحمل العقد عليها.



الأجل المعلوم على قسمين، أحدهما: أن يعلم بتعيين وقت المحل، كقوله: إلى وقت كذا، وهو الذي تقدم الكلام فيه، ولا فرق فيه بين أن يكون مقدار مدة الأجل معلومة أو لا؛ قاله الماوردي، ولابد أن يكون الذي بقي شهرًا أو أقل أو أكثر.

القسم الثاني: ما هو معلوم بتقدير مدة الأجل، سواء تعين وقت المحل أم لا؛ لقوله: ثلاثة أشهر وشبهها وهو هذا القسم الذي تكلم فيه الآن، فإذا ذكر الشهور وأطلق حمل على شهور الأهلة، لا خلاف فيه، وكذا إطلاق السنين محمول على الهلالية، فإن قُيد بالفارسية أو الرومية أو الشمسية تقيد.

ولو قال: بالعدد، فهي ثلاثمائة وستون يومًا، وكلام المصنف يقتضي أن يكون إطلاق الشهر على الهلالي حقيقة شرعية، وغيره قال: إنها الشهور الإسلامية، قال الله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾.

قال الشافعي: «لم يجعل لأهل الإسلام علمًا إلا بها»[١].

❊ ❊ ❊

(١) الأم (٣/ ٩٦). بتصرف يسير.

قال:

وإن كان في أثناء الشهر، اعتبر الشهر بالعدد، وجعل الباقي بالأهلة[(١)].

الشَّرْحُ

إن جرى العقد في أول الشهر اعتبر الجميع بالأهلة تامة كانت أو ناقصة، وإن كان في أثناء الشهر عد الباقي منه بالأيام، واعتبرت الشهور بعده بالأهلة ثم يتمم المنكسر بالعدد ثلاثين، هذا هو المذهب، وفيه وجه أنه إذا انكسر الشهر انكسر الجميع؛ فيعتبر الكل بالعدد [١١٠/أ] ، ويحكى عن أبي حنيفة.

وضرب الإمام مثلًا للتأجيل ثلاثة أشهر مع الانكسار، فقال: عقد، وقد بقي من صفر لحظة ونقص الربيعان وجمادى، فيحسب الربيعان بالأهلة، ويضم جمادى إلى اللحظة من صفر، ويكمل من جمادى بيوم إلَّا لحظة، ثم قال الإمام: كنت أود أن يكتفي في هذه الصورة بالأشهر الثلاثة فإنها جرت عربية كوامل»[(٢)].

قال الرافعي: «وما عناه الإمام هو الذي نقله صاحب «التتمة» وغيره، وقطعوا بحلول الأجل بالسلاخ جمادى الأول، وقالوا: إنما يراعى العدد وإذا عقد في غير اليوم الآخر، قال الرافعي: وهو الصواب»[(٣)].

قلت: وفي كتاب إسماعيل الحضرمي أنه إذا كان العقد قبل آخر الشهر بنصف يوم وكان الشهر الثالث بعد شهر العقد ناقصًا، فهل يُكتفى به؟ فيه وجهان خرجهما بعض أصحابنا بخراسان، ونقل فيه أيضًا عن المصنف

---

(١) في المطبوع من المهذب: «فإن كان العقد في الليلة التي رُئِيَ فيها الهلال، اعتبر الجميع بالأهلة، وإن كان العقد في أثناء الشهر، اعتبر شهرًا بالعدد، وجعل الباقي بالأهلة».

(٢) نهاية المطلب (٦/ ٢٩). بتصرف يسير.

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٣٧). بتصرف.

والشيخ أبي حامد أنه إن كان العقد في الليلة التي رأى فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة.

ثم قال: إن أرادوا به احتواش الليلة بالعقد فيعتد، وإن أرادوا أن تمام العقد حصل مقارنًا لأول جزء من الليلة فهو صحيح، وكذلك قال ابن أبي عصرون كما نقل عن الشيخ أبي حامد، وكذلك القاضي حسين، وقال فيه: إذا أجل شهرًا واحدًا ينكسر الشهر فيه بكل حال؛ لأن المعتد يتقدمه شهر أو يتأخره لا محالة فيكمل ثلاثين، وإذا أجل إلى شهرين أو ثلاثة أكمل المنكسر والبقية بالهلال، ومراد إسماعيل الحضرمي ببعض الخراسانيين صاحب «التتمة» وتقييده بنصف يوم إنما قاله صاحب «التتمة» على جهة المثال.

فرع قال: إلى عشرة أيام، قال صاحب «التهذيب»: «يكمل اليوم الأول بالحادي عشر، فإذا انتهى إلى الوقت الذي عقد فيه حل الأجل»(١).


يصح أن يقول: إلى آخر الشهر، وإن كان لا يعلم هل يجيء ناقصًا أو تامًّا، ويصح أن يقول: إلى الظهر أو العصر.



(١) التهذيب (٣/ ٥٧١).

قال:

وإن أسلم في حال وشرط أنه حال، صح العقد، وإن أطلق ففيه وجهان، أحدهما: لا يصح؛ لأنه أحد محل السلم، فوجب بيانه كالمؤجل.
والثاني: [أنه][1] يصح ويكون حالًا؛ لأن ما جاز حالًا ومؤجلًا حمل إطلاقه على الحال كالثمن في [البيع][2].


الشرح

الثاني هو الصحيح عند الجمهور، وقد سبق بيان الماوردي للخلاف على أن الأصل في السلم الحلول أو التأجيل، أو هما سواء، والقول بالفساد مبني على أن الأصل فيه الأجل، ولأن المعتد فيه التأجيل، وهو الذي اختاره الغزالي في «الوجيز»[3]، ونسبه فيه، وفي «الخلاصة» إلى النص استنادًا إلى لفظ[4] [ب/١٩٩] في «المختصر» غير صريح، ولم يوجد في نص صريح بل في «الأم»: «وإن لم يكن له أجل كان حالًا»[5]، وهذا دليل على أنه عند الإطلاق يحمل على الحلول، وقد حكى بعض الأصحاب الخلاف قولين، ومحل هذا الخلاف إذا كان المسلم فيه موجودًا، أما إذا كان معدومًا، فلا يصح.

---

(١) من المطبوع من المهذب.
(٢) في المطبوع من المهذب: «المبيع».
(٣) التهذيب (ص: ١٥٤).
(٤) كرر هنا كلمة «لفظ».
(٥) الأم (٣/ ٩٥).

فرع لو شرط المطالبة متى شاء، فهو على الحلول في أول أوقات الإمكان؛ لأنها لفظة قد ألفها الناس، ولولا ذلك لكانت مجهولة، **ولو شرط متى شاء من ليل أو نهار، ففيه وجهان:**

أحدهما: أن السلم باطل.

والثاني: أنه صحيح، ويحمل على زمان الإمكان للعرف، حكاه الماوردي.



قال:

وإن عقد السلم حالًّا ثم جعله مؤجلًا، أو مؤجلًا فجعله حالًّا، أو زاد في أجله، أو نقص، نظرتَ: فإن كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد؛ لأن العقد استقر؛ فلا يتغير، وإن كان قبل التفرق لحق بالعقد، وقال أبو علي الطبري: إن قلنا: إن المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به، والصحيح هو الأول، وقد ذكرناه في الزيادة في الثمن.



لا خلاف عندنا أنه لا يلحق بعد التفرق واللزوم، والخلاف قبل التفرق كما ذكر المصنف، وقد تقدم في باب المرابحة عن صاحب «التتمة» والإمام[1] أنه لا يلحق، وإن قلنا: المبيع لم ينتقل، ولكن هذا القول لا يكاد العراقيون يعرفونه.

وقد نصَّ الشافعي على تأجيل الحال، وعكسه كما ذكر المصنف، وذلك مما يرد على ما تقدم في باب بيع المرابحة عن القاضي حسين من أنه إذا أسقط الأجل ينبغي الحكم بالفساد، وكذلك إذا عقد مطلقًا، وقلنا بجوازه على الصحيح يجوز تأجيله في المجلس، وإن قلنا بفساده أو كان قد شرط أجلًا مجهولًا؛ فلا في الأصح.

وفيه وجه محكيٌّ عن صاحب «التقريب» أن الأجل المجهول إذا حذف في المجلس انحذف، وصار العقد صحيحًا، واختلفوا في جريان هذا الوجه في الخيار والرهن الفاسدين وغيرهما، قال الإمام: «والأصح تخصيصه

(١) نهاية المطلب (٦/ ١١).

بالأجل»[١]؛ لأن بين الأجل والمجلس مناسبة لا توجد في غيره، وهي عدم ملك البائع المطالبة بالثمن.

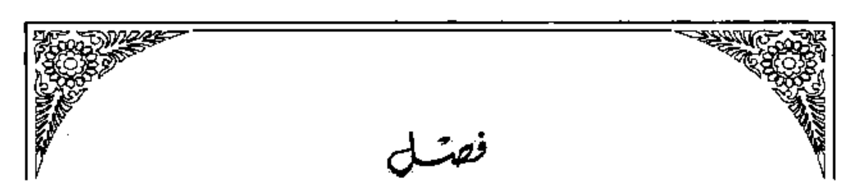
واختلفوا أيضًا هل يلحق خيار الشرط في البياعات بخيار المجلس في هذا المعنى، والأصح أنه لا يلحق به، وعليه يدل نصه في «الأم»[٢] باب الآجال والسلف؛ لكونه قد يكون ذكره في السلم؛ لأنه ليس فيه خيار شرط، فلا يلزم طرده في بيع الأعيان.

وقد تقدم في الحط والزيادة أن خيار الشرط، كخيار المجلس على الأصح، ولا يلزم من التسوية بينهما هناك عن صحة العقد التسوية بينهما هنا عند الفساد، فلذلك كان [١١١/ أ] الأصح هنا أن خيار الشرط لا يلحق بخيار المجلس إذا قلنا بجواز حذف الشروط الفاسدة فيه.



(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٣).
(٢) الأم (٣/ ٣٠).

قال:



فصل

[السلم في جنسين]

وإن أسلم في جنسين إلى أجل، أو في جنس إلى أجلين؛ ففيه قولان، أحدهما: أنه لا يصح؛ لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر، وما يقابل [أبعدهما](١) أجلًا أقل مما يقابل الآخر، وذلك مجهول؛ فلم يجز. والثاني: أنه يصح وهو الصحيح؛ لأن كل بيع جاز في جنس واحد وأجل واحد جاز في جنسين وفي أجلين، كبيع الأعيان، ودليل القول الأول يبطل بيع الأعيان، فإنه يجوز إلى أجلين، وفي جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما.

الشرح

القول الأول نص عليه في الأجلين في آخر باب الآجال في السلف(٢)، وفي باب بيع الحيوان والسلف فيه(٣)، وفي «الإملاء» وفي «البويطي» أيضًا بصيغة تقتضي ترجيحه، والقول الثاني حكاه في «البويطي»(٤) أيضًا في

(١) في المطبوع من المهذب: «أحدهما».
(٢) الأم (٣/ ٣١).
(٣) الأم (٣/ ١١٩).
(٤) مختصر البويطي (ص: ٦١٠).

الأجلين، وهو في موضع آخر في «الأم» في الجنسين.

والصحيح: الصحة في المسألتين، كما قال المصنف، وممن صححه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ والبغوي[١] والرافعي[٢] والنووي[٣] وغيرهم[٤]، وممن قال به مالك[٥]، وفاوت البغوي في نقل الخلاف فحكى في الأجلين وجهين وفي الجنسين قولين، وما بينته لك من نصوص الشافعي يبعد ذلك.

واستدلوا للقول الأول أيضًا بأنه ربما يتعذر تسليم بعض النجوم أو بعض الأجناس، فيرتفع العقد فيه، ويتعدى إلى الباقي، قال الرافعي: «والخلاف ناظر إلى أن الصفقة هل تفرق؟»[٦]. وكلام الشافعي والأصحاب يدل على أن القول الأول مأخوذ من وجوب، ومحل الخلاف فيما إذا لم يفصل الثمن، أما إذا فصل فيجوز، نبه عليه في «البويطي»[٧].

ومن أمثلة المسألة: لو أسلم في ثلاثين رطلًا لحمًا فأخذها كل يوم رطلًا، ومفهوم كلام المصنف أنه إذا أسلم في جنسين حالًّا أنه لا يجري الخلاف، وعليه يقتضي جريان الخلاف.

والذي فهمته من إطلاق كلام الشافعي والماوردي أن الخلاف يجري سواء أكان رأس المال جزافًا أو معلومًا، إلَّا أن يبين حصة كل واحد من الثمن؛ لأنه إذا كان معلومًا كان ما يخص كل واحد كالجزاف، ولو أسلم

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٧٢).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٤٠).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١١).

(٤) انظر: الحاوي (٥/ ٣٩٩)، البيان (٥/ ٤٣٢).

(٥) انظر: التاج والإكليل (٦/ ٥٣٠)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢١٥).

(٦) فتح العزيز (٩/ ٢٤١).

(٧) انظر مصدره السابق.

في عشرة أكرار حنطة، فهو جنس واحد لا يجري فيه خلاف، ولو أسلم في كُرَّين من حنطة على أن يأخذ بأحدهما رهنا وضمينًا. قال الماوردي: «جاز على القولين جميعًا [لأنها وثيقة][1] لا تتعلق؛ بالثمن»[2].

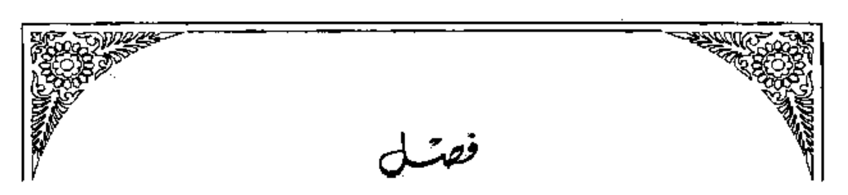
وقول المصنف: لأن ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل [١١١/ب] الآخر، أي: قد يكون أقل، فإن العقد يقتضي توزيع الثمن عليهما، وما يقابل أبعدهما أجلًا أقل مما يقابل أقلهما لا محالة؛ لأن زيادة الأجل يقابلها قسط من الثمن، وقوله: كبيع الأعيان أي: إذا باع جنسين معينين بثمن واحد، فإن الثمن يقسط عليهما، ولا نعلم ما يخص كلًّا منهما، وإن كنا نعلم أن قيمتهما مختلفة.



---

(١) في المخطوطة: «لأنهما ومنعه»، والمثبت هو الصواب كما في الحاوي (٥/ ٣٩٩).
(٢) الحاوي (٥/ ٣٩٩).

قال:



فصل

[موضع التسليم]

وأما بيان موضع التسليم، فإنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه، وإن كان في موضع يصلح للتسليم، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يجب بيانه؛ لأنه يختلف الغرض باختلافه، فوجب بيانه كالصفات[١]. والثاني: لا يجب بل يحمل على موضع العقد، كما يقول في بيع الأعيان. والثالث: أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه؛ لأنه يختلف الثمن باختلافه، فوجب بيانه كالصفات التي يختلف الثمن باختلافها، وإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه؛ لأنه يختلف الثمن باختلافها، فلم يجب بيانه؛ كالصفات التي لا يختلف الثمن باختلافها.



أطلق الشافعي في «الأم» في موضع؛ أنه يستحب أن يشترط الموضع، وأطلق في «البويطي»[٢] أنه يحتاج إلى ذِكره، وقال في «الأم» في باب السلف في الحنطة: «ويصف الموضع الذي يقبضها فيه، والأجل الذي يقبضها إليه، فإن ترك من هذا شيئًا لم يجز.

(١) زِيدَ هنا في المخطوطة كلمة: «التي».

(٢) مختصر البويطي (ص: ٦١٠).

قال الشافعي: وقال غيرنا: إن ترك صفة الموضع الذي يقبضها فيه، فلا بأس، ويقبضه حيث أسلفه، ثم قال: وكل ما كان لحمله مؤنة، لم يجز عندي أن يدع شرط الموضع كما قلت في الطعام»[1]، **في المسألة سبع طرق: إحداها**: عن أبي إسحاق المروزي: أنه إن كان العقد في موضع لا يصلح للتسليم وجب بيانه، وإن لم يجب.

والثانية: عن ابن القاص أن المسلم فيه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه وإلَّا فلا، وهاتان باقيتان للخلاف، والثالثة عن صاحب «الإفصاح» والقاضي أبي حامد وابن المنذر أن المسألة على قولين مطلقًا، **أحدهما**: يجب، وبه قال سفيان الثوري وأهل الرأي[2].

والثاني: لا يجب، وبه قال أحمد[3] وإسحاق، وطائفة من أهل الحديث.

وقال الأوزاعي: تركه مكروه، واختاره ابن المنذر[4] لعدم ذكره في حديث ابن عباس.

والرابعة: إن لم يكن الموضع صالحًا وجب، وإلَّا فقولان.

والخامسة: إن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب، وإن كان له مؤنة فقولان.

والسادسة: إن كان لحمله مؤنة وجب، وإلا فقولان، وهي أصح الطرق عند الإمام[5]، ويروى عن اختيار القفال، وعليها يدل ما قدمته من نص الشافعي.

---

(١) الأم (٣/ ١٠٣).

(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٠)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٣)، المحيط البرهاني (٧/ ١٦٣)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٦)، فتح القدير (٧/ ٩١).

(٣) انظر: الإنصاف (٥/ ٧٠ - ٧١)، كشاف القناع (٣/ ٢٩٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ٢١١).

(٤) الإشراف لابن المنذر (٦/ ١٠٢).

(٥) نهاية المطلب (٦/ ٣٨).

وهذه الطرق الستة ذكرها وحكى الماوردي من ذلك الثانية والثالثة، لكنه جعلهما فيما إذا كان الموضع يصلح للتسليم. [٢/١١١٢]

أما الذي لا يصلح، فجزم فيه بوجوب التعيين، وهو موافق لما قاله المصنف؛ فإن الطريقين يخرج منهما ثلاثة أوجه، ويكون ذلك طريقة سابعة إن لم يكن الموضع صالحًا وجب، وإلَّا فثلاثة أوجه، وهي أقرب من حكاية الرافعي الطريقتين على الإطلاق؛ فإنه كيف يقال لعدم الوجوب إذا لم يكن الموضع صالحًا للتسليم.

قال الرافعي: «والفتوى من ذلك كله على وجوب التعيين إذا لم يكن الموضع صالحًا، أو كان لحمله مؤنة، وعدم الاشتراط في غير هاتين الحالتين»[١].

قلت: وهو صحيح، ونص الشافعي يشهد له، ومتى شرطنا التعيين، فلم يعين فسد العقد، وإن لم يشترطه، فإن عين تعين، وعن أحمد[٢] رواية أنه يفسد السلم، وإن لم يعين حمل على مكان العقد.

وفي «التتمة»: أنه إذا لم يكن لحمله مؤنة سَلَّمه في أي موضع صالح شاء، وذكر وجهًا فيما إذا لم يكن الموضع صالحًا أنه يحمل على أقرب موضع صالح، ولو عين موضعًا صالحًا، فخرب، **وخرج عن صلاحية التسليم فثلاثة أوجه عن ابن كج، أحدها:** يتعين ذلك الموضع.

والثاني: لا وللمسلم الخيار.

والثالث: يتعين أقرب موضع صالح.

وقال النووي: «إنه أقيسها»[٣]، ولو شرط التسليم ببلد لزمه في أولها،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٥٤).

(٢) انظر: شرح الزركشي (٢/ ١٠٣)، الإنصاف (٥/ ٨٣)، كشاف القناع (٣/ ٣٠٦).

(٣) روضة الطالبين (٤/ ١٣).

ولا يكلف نقله إلى منزله.

ولو قال: على أن تسلمه إليَّ في أي موضع شئت من البُلْدان فسد السَّلم.

ولو قال: في أي موضع شئت[1] من البلد الفلاني، فإن كان ذلك البلد واسعًا؛ كالبصرة وبغداد لم يجز، وإن كان صغيرًا لحده، والجار جاز.

ولو قال: بالبصرة أو ببغداد لم يجز.

ولو قال: بالبصرة وببغداد، **فوجهان**:

أحدهما: يفسد.

والثاني: يحمل على التنصيف. هذا كله في السَّلم المؤجل.

أما الحال، فلا حاجة فيه إلى بيان موضع التسليم كالبيع، ويتعين مكان العقد كذلك، قال الشيخ أبو حامد والرافعي[2] وغيرهما: لكن لو عين موضعًا آخر جاز بخلاف البيع؛ لأن السلم يقبل التأجيل؛ فيقبل شرطًا يتضمن تأخير التسليم بالإحضار والأعيان لا تحمل ذلك، فلو أسلم حالًّا في موضع لا يصلح للتسليم ولم يعين.

قال في «التهذيب»[3]: ولا يعين لمكان العقد ذلك الموضع لعينه بل تلك المحلة صنعًا؛ فالذي يظهر فساد العقد، وعليه يدل كلام الماوردي.

قال في «التتمة»: والأجرة إذا كانت دينًا، وكذا الصداق، وعوض الخلع، والكتابة، ومال الصلح عن دم العمد، وكل عوض ملتزم في الذمة لها حكم السلم إن عين للتسليم مكانًا جاز، وإلا تعين موضع العقد؛ لأن كل الأعواض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمُسلم فيه.

---

(١) في المخطوطة كرر كلمة: «شئت» مرتين.

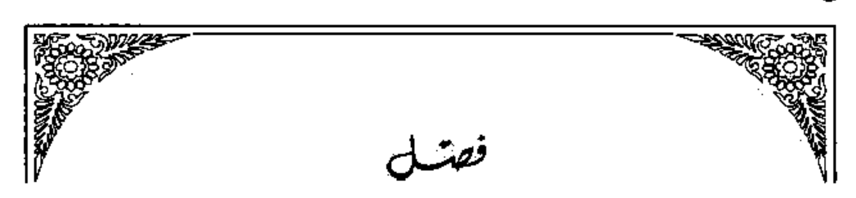
(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٥٥).

(٣) التهذيب (٣/ ٥٧٢).

وأما [١١٢/ب] العين المعينة فلا يشترط فيها ذكر موضع التسليم، ويتعين موضع العقد؛ فعليه التسليم فيه؛ فإن عينا مكانًا آخر بطل البيع، وقال القاضي حسين: إذا أتى البائع بالمبيع في أي مكان كان أجبر المشتري على القبض، وأي موضع طلبه المشتري وقد وفر الثمن أو قلنا بإجبار البائع، فإنه يجبر على التسليم، هكذا قاله القاضي حسين في آخر كتاب السلم.



قال:



فصل

[قبض رأس المال]

ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله ﷺ: «أَسْلِفُوا فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ»، والإسلاف: هو التقديم، ولأنه إنما سُمِّي سلمًا؛ لما فيه من تسليم رأس المال، فإذا تأخر لم يكن سلمًا: فلم يصح.



الحديث تقدم والاستدلالان جيدان بشرط أن يثبت أن ذلك معناه لغة أو شرعًا، وقال الشافعي في «الأم»: «ولا يقع اسم التسليف عليه حتى يعطيه ما سلفه فيه قبل أن يفارقه من سلفه»(١)، وقول الشافعي حجة في اللغة، واستدل غيره بأن تأخير التسليم نازل منزلة الدينية في الصرف وغيره، والمسلم فيه دين في الذمة، فلو تأخر تسليم رأس المال(٢) لصار في معنى بيع الكالئ بالكالئ، وبأن الغرر في المسلم فيه احتمل للحاجة، فخبر ذلك يتأكد العوض الثاني بالتعجيل كيلا يعظم الضرر في الطرفين.

وهذه الأدلة إنما يحتاج إليها في المعين، أما إذا كان رأس المال دينًا وتفرقًا قبل قبضه وتعيينه، فهو بيع الكالئ بالكالئ بعينه، وجمهور العلماء

---

(١) الأم (٣/ ٩٥).

(٢) في المخطوطة: «رأس»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

يوافقون لنا على اشتراط قبض رأس المال في المجلس، وحكي عن مالك[١] أنه أجاز تأخيره اليومين والثلاثة، ويحكى عنه أكثر من ذلك ما لم يكن ذلك مشروطًا.

وَلَوْ تفرقا قبل تسليم بعضه قال في «البويطي»: «فالسلم فاسد»[٢]، **وقيل: يفسد منه بقدر ما بقي، واختلف الأصحاب على ثلاث طرق: إحداها**: وبها قال البصريون من الأصحاب: إن العقد باطل في الجميع، ونص عليه في «الأم»، وهو الذي قدمه في «البويطي».

ونقله ابن المنذر[٣] عن الشافعي[٤]، وسفيان الثوري، وابن شبرمة، وأحمد[٥].

والثانية: وبها قال البغداديون: يصح بقدر ما قبض ويفسد بقدر ما بقي، كما حكاه في «البويطي»[٦]، قال: هؤلاء خيار لتفرقهما عن رضا.

والثالثة، وهي الصحيحة: يخرج على تفريق الصفقة، وممن صححها الشاشي في «الحلية».

ثم اختلف هؤلاء، فقال ابن القاص: هو من التفريق في الابتداء، وبه أخذ القاضي حسين، وقال غيره: هو من التفريق في الدوام، وهو الذي أورده الرافعي، وقال الإمام: «إنه متردد بين الابتداء والانتهاء، وإنه إلى

(١) انظر: التاج والإكليل (٤/ ٤١٠)، مواهب الجليل (٦/ ٣٠٣)، حاشية الخرشي (٥/ ١٠٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٩٥)، منح الجليل (٥/ ١١٣).
(٢) مختصر البويطي (ص:٦٠٩).
(٣) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١٠٧).
(٤) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٣١)، البيان (٥/ ٣١)، فتح العزيز (٨/ ٣١١).
(٥) انظر: المبدع شرح المقنع (٣/ ٣٩٨)، الإنصاف (٤/ ٢٥٨)، كشاف القناع (٣/ ١٩٦)، مطالب أولي النهى (٣/ ٧٢).
(٦) انظر المصادر السابقة.

الابتداء أقرب من جهة أن القبض [١١١٣/أ] في السَّلم ركن العقد، فالانفساخ طرأ قبل تمامه»[(١)]، فإن صححنا على هذه الطريقة قال الماوردي: يثبت الخيار للمسلم إليه في أن يصحح العقد أو يفسخ، ولا يثبت للمسلم.

ولو تفرقا فوجد بالثمن عيبًا، فإن كان يخرجه من الجنس بأن كان زيفًا، فإن كان بالجميع، فالعقد باطل، وإن كان ببعضه، فعلى القولين في قبض بعضه، وتأخر بعض، نص عليه في «البويطي»[(٢)].

وإن كان العيب لا يخرجه من جنس الأثمان، وهو باقٍ، فإن كان العقد ورد على عينه يخير بين الرضا وفسخ العقد، وإن ورد على الذمة، فعلى الخلاف في الصرف.

ورأيت في «البويطي» «أنه إذا أعطاه عرضًا بطعام إلى أجل، فوجد عيبًا، ففي أحد القولين باطل»[(٣)]، ولم يظهر لي إطلاق هذا اللفظ، وإن اطلع على العيب، وقد تعذر رأس المال بعتق أو غيره، وأقبض الرجوع بالأرش سقط من المسلم فيه ذلك المقدار، مثاله: إذا كان العيب ينقضي عُشْر قيمة رأس المال سقط عُشر المسلم فيه؛ قاله البغوي[(٤)] وغيره.

قال القاضي حسين، والإمام[(٥)]: ولا يبطل في الباقي قولًا واحدًا؛ لأن رأس المال قَدْ قبض، وإنما هذا استدراك.

هذا اعتذار الإمام، وأما القاضي حسين فقال: إنا حكمنا بانفساخ البعض؛ لأنا نعطي الصفة حكم الجزء من حيث إن الثمن والعوض يختلف

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٥) بتصرف.
(٢) مختصر البويطي (ص: ٦٢٧).
(٣) مختصر البويطي (ص: ٦١١).
(٤) التهذيب (٣/ ٣٦٠).
(٥) نهاية المطلب (٦/ ٢٥).

بوجودها وعدمها عند تعذر الرد، غير أنها من حيث كونها صفة في الحقيقة، لم يحكم بتعدي البطلان عنها إلى غيرها قولًا واحدًا.

قلت: وقد تقدم عن القاضي أبي الطيب: أنه يتخرج على تفريق الصفقة، قال الإمام: «وإذا سقط الأرش، فلا يثبت لسببه خيار؛ لأن هذا مستحقٌّ شرعًا، ولا خيرة مع حكم الشرع»[(١)]، ونقل الإمام هنا أن الأرش هل يثبت بنفس الاطلاع عند فوات الرد أو لابد من الطلب الجازم؟ فيه وجهان أرجحهما عنده الثاني، وشبههما بالخلاف في الشفيع.

ولو حدث برأس المال عيب، ثم اطلع على عيب قديم، فقال المسلم: اغرم لي الأرش عن الحادث حتى أقبل منك، فهل يلزمه إعطاء الأرش؟ فيه وجهان، في «تعليقة القاضي حسين».

إن قلنا: يلزمه فإذا امتنع بطل حقه، ولزمه جميع المسلم فيه، وإن قلنا: لا يلزمه، فحكم حكم ما لو هلك في يده، ثم اطلع على عيب قديم.

ويجوز أن يجعل رأس المال منفعة عبد، أو دار مدة معلومة، وقبضها بقبض العين، ولو جعل رأس المال تعليم سورة من القرآن قال الروياني في «البحر»: «يسلم نفسه إليه ثم يتخايرا ويفارقه برضاه من غير امتناع لينقطع بأحد هذين [١١٢/ب] الأمرين خيار المجلس»[(٢)]؛ لأن تسليم ما ينتفع به جار مجرى تسليم المنفعة في باب الأعواض.

ولابد في القبض أن يكون محققًا؛ فلا تكفي الحوالة به في المجلس إذا لم يقبضها قطعًا، وإن قُلنا: إنها استيفاء وتكون فاسدة، ولو قبضها المحتال في المجلس: فكذلك عند القاضي حسين، والرافعي[(٣)]؛ لأنه يؤديه عنه لا

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٦).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧١).

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢١٤).

عن المسلم، وقد سبق في نظيره من الصرف وجهان، وأنه إن قلنا: إنها استيفاء جاز، وقياس ذلك أن يأتي هنا. قال الرافعي: «ولو قبضه المسلم وسلمه إلى المُسَلَّم إليه جاز»[١].

قلت: هذا بناء على ما ذكره؛ فإن الحوالة حينئذٍ تكون فاسدة، ووجودها كعدمها، أما إن قلنا بالصحة على ما ذكر في الصرف، فالحق بسببها انتقل، فلا يصح قبل المسلم بعد ذلك ولا إقباضه للمسلم إليه.

ولو قال للمحال عليه: سلمه إليه، ففعل، قال الرافعي: «لم يكف لصحة السلم؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلًا للغير، لكن يجعل المسلم إليه وكيلًا عن المسلم في قبض ذلك، ثم السَّلم يقتضي قبضًا، ولا يمكنه أن يقبض من نفسه»[٢].

قلت: هذا على قوله بأن الحوالة فاسدة؛ فيكون كمديون قال له صاحب الدَّين: سلم ديني إلى فلان عمالة عليَّ لا يصح، وفي كون المسلم إليه يصير وكيلًا عن المسلم نظر؛ لأنه لم يأذن له في القبض، وإنما أذن لذاك في الدفع، ولو أحال المسلم إليه برأس المال فتفرقا قبل التسليم، فالعقد باطل، وإن جعلنا الحوالة قبضًا؛ لأن المعتبر في السلم القبض الحقيقي، ولو أحضر المسلم رأس المال؛ فقال المسلم إليه له: سلمه إلى المحتال ففعل صح، ويكون المحتال وكيلًا عن المسلم إليه في القبض، كذا قال الرافعي[٣].

ولا نزاع في أن المسلم إليه إذا وكل بقبض رأس المال يجوز إذا قبض الوكيل في المجلس، ولو كان رأس المال دراهم في الذمة فصالح عنها على مالٍ لم يصح، وإن قبض ما صالح عليه ولو كان عبدًا فأعتقه المسلم إليه قبل

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢١٣).

(٢) المصدر السابق (٩/ ٢١٣-٢١٤).

(٣) المصدر السابق (٩/ ٢١٤).

القبض لم يصح إن لم يصحح إعتاق المشتري قبل القبض، وإن صححناه وهو المشهور فوجهان، والفرق أنه قبض حكم، وهو غير كافٍ من السلم.

فعلى هذا إن تفرقا قبل قبضه بطل العقد، وإن تفرقا بعده صح، وفي نفوذ العتق وجهان وإذا وجدنا، رأس المال في يد المسلم إليه واختلفا، فقال المسلم: أقبضته له بعد التفرق، وقال الآخر: قبله، وأقام كل منهما بينة؛ فبينة المسلم إليه أولى؛ لأنها ناقلة. يحكى ذلك عن ابن سريج.

وعلله الشيخ أبو حامد بأن معها زيادة، وهو القبض قبل التفرق. قال هو والروياني[1]: وهكذا لو وجدناه في يد المسلم؛ فقال: تفرقت قبل القبض، وقال المسلم إليه: بل بعده، ثم أودعت له، أو غصبته، وأقام كل منهما بينة.

قال: ولو لم تكن بينة، فالقول قول مدعي الصحة قد كان بالضد؛ فقال المسلم إليه: تفرقنا قبل القبض، وأنكر المسلم، قال الروياني: فبينته أولى، والعقد بحاله؛ فإن لم تكن بينة، فالقول قول من معه سلامة العقد.

قلت: وقد تقدم في باب اختلاف المتبايعين تفصيل فيه نظير المسألة؛ فلينظر هناك.

«ولو قبض المسلم إليه رأس المال، ثم أودعه المسلم قبل التفرق جاز، ولو رده عليه بدين كان له عليه، قال أبو العباس الروياني[2]: لا يصح؛ لأنه تصرف قبل انبرام ملكه عليه؛ فإذا تفرقا، فعن بعض الأصحاب أنه يصح السلم لحصول القبض وانبرام الملك، ويستأنف إقباضه للدين»[3]، هكذا نقله الرافعي عن الروياني، وسكت عليه.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٧٢-١٧٣).

(٢) انظر مصدره السابق.

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢١١-٢١٢).

فأما حمله بأن أعطاه عن دينه لا يصح؛ فقد تقدم لنا أن أحد المتصادقين إذا اقترض من الآخر فأقبضه ورده عليه عما بقي له، فيه وجهان بنوهما على أن القرض بماذا يملك، وسبق اختلاف في التصحيح، والبحث مع الرافعي فيه، وأن الذي رجحه جماعة الصحة.

فإن قلنا بالصحة هناك أو بالفساد لكون القرض لا يملك إلا بالتصرف، فها هنا يصح أن يرده عن الدين، وإن قلنا هناك بأنه لا يصح لكونه تصرفا قبل انبرام صح قول الروياني هاهنا، وقوله: إذا تفرقا، فعن بعض الأصحاب أنه يصح السلم يوهم أن في صحة السلم خلافًا، وهو بعيد إن صح، وسيأتي أن تسليم المسلم فيه لا يغني عن تسليم رأس المال.

فائدة:

قال الشيخ أبو حامد: رأس مال السلم لغة أهل العراق، والشافعي يسميه ثمن السلم، قال ذلك الشيخ أبو حامد.

فرع أجمعوا على منع أن يجعل دينارًا له على رجل سلمًا في طعام إلى أجل معلوم، نقله ابن المنذر[1]، وعلله القاضي حسين بأنه بيع دين بدين، وسيأتي في كلام المصنف [٥/١١٤أ] ﷺ.

فرع قبض رأس المال في المجلس، ثم تلف في يده قبل التفرق، ففي بُطلان السلم وجهان في «البحر»[2].

قلت: وهما الخلاف في تلف المبيع بعد القبض في زمان الخيار.

---

(١) انظر حكاية الإجماع لابن المنذر في: الإجماع (ص: ١٣٥)، الإشراف (٦/ ١٠٨)، الأوسط (١٠/ ٣٠٣).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١١٩).

قال:

ويجوز أن يكون رأس المال في الذمة، ثم يعينه في المجلس، ويسلمه، ويجوز أن يكون معينًا.

الشَّرْحُ

هذا هو المشهور، ونقل الماوردي وجهًا عن أبي العباس بن صالح البصري وطائفة من البصريين: أنه لا يصح إلَّا أن يكون معينًا؛ فلا يجوز أن يسلم دنانير موصوفة في أثواب، ويقبضها في المجلس، وقد تقدم لنا في الصرف وجه مثله عن أبي عاصم العبادي، لكنه بعيد غريب في النقود، وإنما هو مشهور هناك في الطعام.

وفي كلام الإمام[1] هنا ما يقتضي جريان الوجهين في العوض الموصوف من العروض والقطع بالجواز في النقود، كما جزموا في الصرف على الطريقة المشهورة في النقود، وترددوا في الطعام، وقوله: ويجوز أن يكون معينًا، أي ويقبضه في المجلس.

وإذا عين ما في الذمة في المجلس صار، كالمعين في العقد على الأصح، ولو كان له في ذمة الغير دراهم فقال: أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك في كذا حالًا وأحضره وسلمه في المجلس، فوجهان: أصحهما البطلان؛ لأن قبض المسلم فيه، وإن كان حالًّا ليس بشرط، فهو تبرع.

وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات، كما لو باع طعامًا بطعام إلى أجل، ثم تبرع بالإحضار لم يجز، وأطلق المتولي الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حالٌّ هل يغني عن تسليم رأس المال؟ والأصح:

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٣).

المنع، وسيأتي في شرح كلام المصنف في الباب الذي يلي هذا فائدة أبي العباس الذي نقل عنه الماوردي، رأيت النسخ مُختلفة فيه، ففي بعضها ابن صالح، وفي بعضها ابن رجاء.



قال:

فإن كان في الذمة، نظرت: فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد، فإن كان في البلد نقود حمل على الغالب منها، وإن لم يكن في البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم.



الحكم في ذلك وفي الثمن واحد، ولم يذكر الرافعي هذه المسألة، وزادها النووي في «الروضة»[١]، وقد ذكرها الشيخ أبو حامد، وذكرها الإمام[٢] في كتاب القاضي إلى القاضي.

ونقل ابن الرفعة[٣] عن كتاب «أدب القضاء» لأبي علي الزبيلي، أنه حكى ذلك عن ابن أبي هريرة، وحكى عن أبي إسحاق أنه لابد من الوصف، وعن ابن سريج أنه يجب في المؤجل، ولا يجب في الحال، وهذان الوجهان غريبان، وبتقدير ثبوتهما لا يجريان في الثمن؛ لأن مأخذهما أن رأس مال السلم لابد من وصفه.



(١) روضة الطالبين (٤/ ٦).
(٢) نهاية المطلب (١٨/ ٤٩٩).
(٣) كفاية النبيه (٩/ ٣٢٦).

قال:

[١١٤/ب] وإن كان رأس المال عرضًا، وجب بيان الصفات التي تختلف بها الأثمان؛ ⇧ لأنه عوض في الذمة غير معلوم بالعرف، فوجب بيان صفاته، كالمسلم فيه.





الكلام فيه كالكلام في المسلم فيه سواء.

* * *

قال:

وإن كان رأس المال معينًا، ففيه قولان؛ أحدهما: يجب ذكر صفاته ومقداره؛ لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده.

والثاني: أنه لا يجب ذكر صفاته ومقداره؛ لأنه عوض في عقد لا يقتضي رد المثل، فوجب أن تغني المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره؛ كالمهر والثمن في البيع.

الشرح

القولان منصوصان في «الأم»[(١)]، وأحبهما إليه الأول، والأصح الثاني، وبه قال المزني وأبو يوسف ومحمد[(٢)]، وممن صححه الشيخ أبو حامد والماوردي، والغزالي، والرافعي[(٣)] وجميع الأصحاب لما ذكر المصنف، ولأنه لم ينبه عليه في الحديث كما نبه على المسلم فيه.

قال هؤلاء: وتوقع الفسخ موجود في الإجارة، ويجوز جعل الأجرة جزافًا إلَّا على طريق بعيدة، وفي البيع وفرقوا بين هذا وبين القرض، فإن القرض يقتضي بدلًا غير مسمى، وإنما يعتبر بما يدفع إليه، فوجب معرفة قدره، وهنا الذي يقتضيه العقد هو المسلم فيه، وقد وصف.

والقول الأول هو الذي نقله المزني عن الشافعي[(٤)] في هذا المكان، وهو

---

(١) الأم (٣/ ١٠١).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٤)، تبيين الحقائق (٤/ ١١٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٩٧)، البحر الرائق (٦/ ١٧٧)، مجمع الأنهر (٣/ ١٤٥).

(٣) فتح العزيز (٩/ ٢١٩).

(٤) مختصر المزني (٨/ ١٨٤).

اختيار أبي إسحاق المروزي، ولا فرق في ذلك بين النقود وغيرها، ولو كان رأس المال متقومًا وضبطت صفاته بالمعاينة، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان منهم من طرد القولين، والأكثرون قطعوا بصحة السلم، ولا فرق في القولين بين السلم الحالِّ والمؤجل على المشهور.

ومنهم من خصص القولين بالمؤجل، وقطع في الحال بأن المعاينة كافية كما في البيع، وهو اختيار القاضي حسين، وعن كتاب القاضي ابن كج طريقة قاطعة في المؤجل بالمنع، ذكرها الرافعي[١].

قال الرافعي: «وموضع القولين ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة، أما إذا عَلِمَا ثم تفرقا، فلا خلاف في الصحة»[٢]، وذكر الإمام: «أن المحققين قالوا: إن هذا الخلاف يقرب من الخلاف في الجمع بين سلم وبيع في صفقة واحدة من جهة تقدير بطرق الفسخ إلى أحد العقدين دون الثاني»[٣].

ومذهب أبي حنيفة[٤]: أن رأس المال إن كان مكيلًا أو موزونًا وجب ضبط صفاته، وإن كان مذروعًا أو معدودًا فلا، ونقل عنه أنه إن كان مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا لم يجب، وإلَّا وجب.

التفريع:

إن جوزنا أن يكون رأس المال جزافًا، فاتفق الفسخ وتنازعا في قدره؛ فالقول قول المسلم إليه مع يمينه؛ لأنه غارم، نص عليه الشافعي[٥] والأصحاب.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٢٠).
(٢) فتح العزيز (٩/ ٢١٩).
(٣) نهاية المطلب (٦/ ١٨). بتصرف يسير.
(٤) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١١)، فتح القدير (٧/ ٧١)، البحر الرائق (٦/ ١٦٩).
(٥) الأم (٣/ ١٠١).

وإن ⇑ [١١٥/أ] منعنا أن يكون جزافًا، لم يجز أن يسلم في شيئين مختلفين حتى يعين رأس مال كل واحد منهما وأجله؛ ليكون صفقة وقعت على بيعتين بثمنين حذرًا من أن يقع، وليس ثمن كل منهما معروفًا، نص عليه في «الأم»[(١)].

وإطلاق ذلك يشمل الحال، فيخرج لنا منه قول أن السلم في جنسين بثمن واحد لا يجوز، وإن كان حالًّا، وكذلك إطلاق الماوردي يقتضيه، وجعل السلم في جنسين، والسلم إلى أجلين مبنيًّا على هذين القولين، وإذا منعناه وجب عليه رد رأس المال إن كان باقيًا، فإن تلف رد مثله إن كان مثليًّا، وقيمته إن كان متقومًا، ولا يجب المسلم فيه؛ لأن العقد باطل.

وهذا الموضع من كلام الأصحاب أحد ما يدل على أن المثل في العقد الفاسد يضمن بالمثل، وقد صرح الأصحاب هنا بذلك، فهو يرد ما قاله الماوردي هناك من إيجاب القيمة مطلقًا، ومتى حصل اختلاف، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه غارم.



(١) الأم (٣/ ١٠٠).

قال:

وإن كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة، كالجواهر وغيرها، فهو على القولين.

إن قلنا: إنه يجب ذكر صفاته، لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال؛ لأنه لا يمكن ذكر صفاته.

وإن قلنا: لا يجب، جاز أن يجعل ذلك رأس المال؛ لأنه معلوم بالمشاهدة [والله أعلم][١].

الشرح

هذه طريقة الأكثرين، وجعلوا كل ما لا يجوز السلم فيه، كالجواهر، والجلود، والقسي، والنُّشاب، وغيرها على القولين في اشتراط رأس المال.

قال الإمام: وليس ذلك على هذا الإطلاق، بل الدرة الثمينة إذا عرفا قيمتها وبالغا في وصفها، وجب أن يجوز جعلها رأس مال؛ لأن سبب المنع فيها مع الإعزاز في الوصف سببه عزة الوجود، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال»[٢]، ورأى تنزيل إطلاق الأولين على هذا، وأنه لا مخالفة.

* * *

(١) من المطبوع من المهذب.

(٢) نهاية المطلب (٦/ ١٩). بتصرف.

باب تسليم المسلم فيه

إذا [حلَّ][(١)] دين السلم، وجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد.

الشَّرْحُ

ظاهره أنه يجب تعين مطالبة المستحق، وقد قال الإمام[(٢)]: إن من عليه الدَّين الحال لا يتعين أداؤه ما لم يطالبه مستحقه، قال: وقد يقول الفقيه: يلزمه، وإن لم يطالب، وإنما يسقط برضا المستحق بتأخيره، ومقتضى كلام الروياني[(٣)] أنه إن وجب برضا المالك، فهو على التراخي ما لم يطالب.

وإن وجب بغير رضاه بتعدٍّ، فعلى الفور، أو بغير تعدٍّ وهو عالم؛ فعلى التراخي، أو غير عالم فعلى الفور، فإذا أردت الجمع بين هذا وبين كلام المصنف، فتقول: إن مراد المصنف الوجوب الموسع الذي [١١٥/ب] يتمكن المستحق معه من المطالبة.

* * *

(١) في المخطوطة: «أجل»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) نهاية المطلب (٣/ ١٠٣).

(٣) بحر المذهب (٦/ ٤٧٩).

قال:

فإن كان المسلم فيه تمرًا، لزمه [تسليم][١] ما يقع عليه اسم التمر على الإطلاق، فإن أحضر حَشفًا [أو رطبًا][٢] لم يقبل منه.



هذا الذي ذكره المصنف ضابط في هذا وفي غيره من كل ما يسلم فيه، والصفات التي تذكر فيه لا يلزمه أعلى المراتب، ولا يقبل منه أدناها مما لم يطلق عليه الاسم، واحترز بقوله: على الإطلاق مما يقع عليه الاسم بعيد أو قريب[٣]؛ فإن الحشف يقع عليه اسم التمر من حيث الوضع، ولكن عند الإطلاق لا يتبادر الذهن إليه، وقد يكون الاسم واقعًا على أمور ولكن عند الإطلاق يتقيد ببعضها كالماء المطلق.

وقول من قال من الأصحاب: إن الواجب أدنى المراتب يعني مما يكون الاسم مطلقًا عليه، فلا يجب أعلى المراتب، ولا أوسطها بعد حصول القيد المذكور، وهو معنى قول الشافعي: ولا يلزمه إلَّا الأقل، وعبارة المصنف أبين.

وعن مالك: أنه يلزمه أوسط ما ينطلق عليه تلك الأوصاف؛ ورد أصحابنا ذلك بأن الحكم إذا علق باسم كان معلقًا بأقل ذلك الاسم كالأثمان، وبأن الوسط صفة زائدة على ما اقتضاه العقد.

---

(١) ليست في المطبوع من المهذب.
(٢) من المطبوع من المهذب، وليست في المخطوطة.
(٣) في المخطوطة: «قريبه»، ولعل الصواب ما أثبتناه.
(٤) الأم (٣/ ١٠٤).



قال الشافعي[١] والأصحاب: يلزمه التمر جافًّا؛ لأن قبل جفافه لا يسمى تمرًا، ويكفي أول جفافه بحيث إذا ترك لم يفسد، ولم يتضرر، ولا يلزمه زيادة على ذلك، ولا يجزئ ما تناهى جفافه حتى لم يبق فيه نداوة؛ لأن ذلك نقص ولا ما عطش على نخله، وسيأتي في إبدال النوع أنه هل يجوز قبول الرطب عن التمر أو لا؟

وعلى المسلم أن يقبل أقماع التمر المتصلة به دون المنفصلة عنه، كالنوى يقبل المتصل به دون المنفصل عنه، والحشف التمر الفاسد، قال الشافعي: «وليس عليه أن يأخذ فيه حشفة واحدة»[٢].



---

(١) الأم (٣/ ١٠٥).

قال:

وإن كان رطبًا لزمه ما يقع [عليه][(١)] اسم الرطب على الإطلاق، ولا يقبل منه بُسر، ولا منصف، ولا مذنب، ولا مشدخ.



الشرح

المنصِف: ما ترطب نصفه، وضبطه ابن معن بكسر الصاد.

والمذَنِّب: بفتح الذال، وكسر النون المشددة، هكذا ضبطه ابن قتيبة في «أدب الكاتب»[(٢)].

وهو ما بدا الإرطاب فيه من قبل ذنبه، ويسمى التذنوب، والمشدخ البسر يغمر حتى ينشدخ، قيل: إنه يضرب بالخشب حتى يصير رطبًا، قال العمراني: «وسمعت من أثق به من أهل حضرموت أنهم يشمسون البسر، ثم يدلكونه بكساء صوف غليظ، [١/١١٦] ⇑ وما أشبهه، فيصير طعمه طعم الرطب يفعلون ذلك استعجالًا»[(٣)].

قلت: وهو المكبوس الذي يسميه العامة في بلادنا المعمول أو في معناه.



---

(١) ليست في المطبوع من المهذب.

(٢) أدب الكتاب لابن قتيبة (ص: ٣٩٠).

(٣) البيان (٥/ ٤٣٧).

قال:

وإن كان طعامًا، لزمه ما بقي من التبن، وإن كان فيه قليل تراب نظرت؛ فإن كان أسلم فيه كيلًا قبل منه؛ لأن القليل من التراب لا يظهر في الكيل، وإن كان أسلم فيه وزنًا لم يقبل منه؛ لأنه يظهر في الوزن، فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه.



يلزمه في الطعام أن يوفيه إياه نقيًّا من التبن والقصل والمدر والزوان والشعير وغيره، هكذا نص عليه، ولا فرق بين أن يكون أسلم فيه كيلًا أو وزنًا؛ لأن هذه الأشياء تؤثر في الكيل والوزن، وكذلك قشر الأرز، وقشر العلس، وكل كمام على حب لا يجب قبوله بل لا يجوز؛ لأن القبض معه لا يقع موقعه؛ ولذلك لا يجوز قبول الحنطة المختلطة بالشعير.

واستثنى القاضي حسين، والبغوي[1] مما ذكرناه في الطعام ما هو قليل لا يؤثر في الطعم ولا في الكيل؛ لأنه لا يمكن تنقية الحنطة عن القليل منه، وأما التراب فإن كان كثيرًا، لم يلزمه لما ذكرنا، وإن كان يسيرًا، فلا يقبل إذا أسلم بالوزن، ويقبل إن أسلم بالكيل.

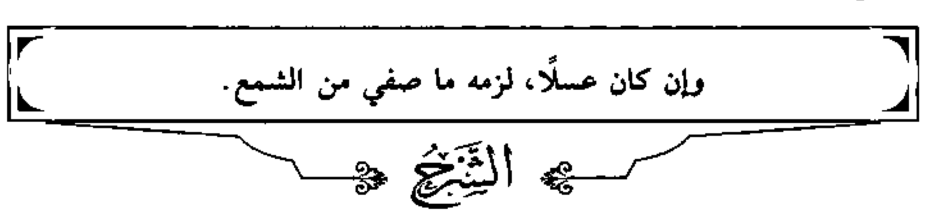
قال الماوردي: إلا أن يكون لإخراجه مؤنة، فلا يلزمه أخذه، وقال الشيخ أبو حامد، وصاحب «البيان»[2]: إن دقاق التبن كالتراب.

***

(١) التهذيب (٣/ ٥٨٦).

(٢) البيان (٥/ ٤٣٧).

قال:



وإن كان عسلًا، لزمه ما صفي من الشمع.



الشرح

لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، ولا يلزم المسلم قبول المصفى بالنار؛ إلَّا أن يكون نارًا خفيفة، فإنه يلزمه القبول على ما تقدم عن الشيخ أبي حامد، والقاضي حسين وغيرهما.

* * *

قال:

فإن أسلم [إليه][(١)] في ثوب، فأحضر ثوبًا أجود منه، لزمه قبوله؛ لأنه أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز، فلزمه قبوله.



لا فرق بين الثوب وغيره[(٢)]، والمقصود أنه إذا أحضر المسلم فيه بنوعه ولكنه بصفة زائدة، كالأجود عن الجيد والجيد عن الرديء ما يخرج عن ذلك النوع، فإنه يجب قبوله كما لو رضيت المرأة بتسليم نصف الصداق مع زيادته، فإنه يلزم الزوج القبول.

وفيه وجه: أنه لا يجب لأجل المنة، والأول أصح؛ لأن إتيانه به يشعر بأنه لا يجب سبيلًا إلى إيراد منه لغيره، وذلك يُهون أمر المنة، ولا خلاف في الجواز.

وصورة المسألة: في الأجود من كل وجه، أما إذا كان زائدًا من وجه، ناقصًا من وجه كما إذا أسلم في عتيق جيد، فجاء بجديد رديء لم يجب قبوله قطعا.

قال [١١٦/ب] ﷺ الشافعي في الثياب: «فلو شرط صفيقًا ثخينًا لم يكن له أن يعطيه دقيقًا، وإن كان خيرًا منه؛ لأن الثخين أدفأ في البرد، وأكنّ في الحر، وربما كان أبقى، وإن كان ثمن الأدق أكثر»[(٣)].

وسكت المصنف عما إذا أحضره على الصفة التي تناولها العقد لوضوح

---

(١) من المطبوع من المهذب، وليست في المخطوطة.

(٢) في المخطوطة: «وغيرها»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) الأم (٣/ ١٢٤).

وجوب القبول فيها، وذلك لا خلاف فيه؛ لأنه هو في المسلم فيه.

ويستثنى من إطلاقنا هذا ما إذا كان على المسلم ضرر في قبوله؛ فإنه لا يجب قبوله، وإن كان بصفة المسلم فيه أو أجود، كما إذا أسلم في جارية ذات زوج، فأحضرها بتلك الصفة، فكانت زوجة المسلم، أو أسلمت المرأة في عبد ذي زوجة فأحضره، فكان زوجها لما في القبول من انفساخ النكاح.

وكذا لو أسلم في عبدٍ فأتاه بأبيه؛ لأنه يعتق عليه؛ فإن قبضه وهو لا يعلم أنه أبوه.

ثم علم فوجهان أحدهما: أن القبض فاسد؛ فلا يعتق، وله ردُّه.

والثاني: صحيح، والعتق نافذ، ولا أرش له؛ لأن كونه أبًا ليس بعيب.

ولو أتاه بأخته أو عمه، فهل له الامتناع من قبوله؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن من الحكام من يعتقه عليه، ولو كان أخاه من الرضاعة، فليس له الامتناع.

واحترز المصنف بقوله: «صفة لا تتميز» عن الزيادة في العدد، مثل أن يسلم إليه في خمسة أكرار حنطة، فيجيء بعشرة، فلا يلزمه قبول الزائد؛ لأنه هبة، وعن الزيادة في الجنس كإعطاء الحنطة عن الشعير، فلا يجب، ولا يجوز؛ لأنه اعتياض، وعن الزيادة في النوع، وسيأتي في كلامه.

❊ ❊ ❊

قال:

وإن جاء بالأجود وطلب عن الزيادة عوضًا لم يجز؛ لأنه بيع صفة، والصفة لا تفرد بالبيع.



أي: الأجود في الصفة، وهو ما تقدم، وعلى ذلك نص الشافعي في «الأم»، وعن أبي حنيفة جوازه[1]، كما لو كان عليه عشرة أذرع، وأتى بأحد عشر وأخذ عوضًا، وفرق أصحابنا بين العين والصفة.



(١) انظر: شرح فتح القدير (٧/ ١١٢)، المحيط البرهاني (٧/ ١٨٩)، البحر الرائق (٦/ ١٨٠)، المدونة (٣/ ١١٣)، حاشية الخرشي (٥/ ٢٢٨).

قال:

وإن [جاء][١] بثوب رديء، لم يجبر على قبوله؛ لأنه دون حقه؛ أي: ويجوز إذا تراضيا، قال: إن قال: خذه وأعطيك للجودة درهمًا لم يجز؛ لأنه بيع صفة، ولأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل [القبض][٢].



قال الشافعي في «الأم» في باب بيع العروض: «ولا يأخذ إذا سلف في جيد رديئًا على أن يزداد شيئًا، والعلة فيه؛ كالعلة في أن يزيده ويأخذ أجود»[٣].



(١) في المطبوع من المهذب: «أتاه».
(٢) في المطبوع من المهذب: «قبضه».
(٣) الأم (٣/ ٣٨).

قال:

وإن أسلم في نوع من جنس، فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس، كالمعقلي عن البرني، والهروي عن المروي، ففيه وجهان:

قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأنه غير الصنف الذي أسلم فيه، فلم يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر [١١٧/أ].

وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجوز؛ لأن النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد، [ولهذا][١] يحرم التفاضل في بيع إحداهما بالآخر، ويضم أحدهما إلى الآخر في إكمال النصاب في الزكاة.

الشَّرْح

التمر المعقلي: منسوب إلى معقل بن يسار الصحابي الذي ينسب إليه نهر معقل بالبصرة.

ومن أمثلة ذلك: القمح الصعيدي عن النجري، والزبيب الأسود عن الأبيض، والضأن عن المعز، والوجهان في الجواز.

والذي وقفت عليه من «الأم»[٢] يقتضي أنهما قولان، وأصحهما على ما قال طائفة منهم الرافعي[٣]: أنه لا يجوز.

وممن قال به الشيخ أبو حامد فيما حكى عنه ابن الصباغ وغيره، وهو قول أبي إسحاق المروزي.

وينزل ذلك منزلة اختلاف الجنس، ويصير كالاعتياض، وهو الأصح عند

---

(١) الأم (٣/ ١٠٤).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣١٩).

(٣) في المخطوطة: «ولها»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

الماوردي[١] والبندنيجي، والروياني[٢]، وهو قول ابن أبي هريرة.

والوجه الثاني: ينزل النوع منزلة اختلاف لوصف فيجوز، وبه أقول لما سأذكره من نص الشافعي، ولأنه لو نزل اختلاف النوع منزلة الاعتياض لنزل اختلاف الوصف؛ لأن الغرض تعلق بهما.

وقول المصنف في «التنبيه»[٣] دال على ترجيح هذا الوجه، والاحتجاج له بالزكاة قوي، وكذلك بالربا، وإن كان المبيع فيه الاسم والمبيع هنا العرض، لكن جوابه ما تقدم، أنه لو أمنع العرض من كل وجه منع اختلاف الوصف، ولا قائل به.

وإذا قلنا بهذا القول: فهل يجبر على القبول إذا كان المأتي به أجود؟ **فيه وجهان؛ أشهرهما**: وهو المنصوص في «الأم»[٤] في باب اختلاف المتبايعين بالسلف إذا رآه المسلف أنه لا يجبر لاختلاف الأغراض، وهي طريقة القاضي أبي الطيب.

والمصنف هنا، وابن الصباغ الخلاف عندهم في الجواز لا في الوجوب.

والثاني: يجب وفاءً بتنزيله منزلة الوصف، وهو الصحيح عند الشيخ أبي حامد فيما حكاه بعضهم، ووقفت عليه في «التعليقة» التي بخط سليم، وكلام المصنف في «التنبيه»[٥] موافق له، والخلاف عندهم في الوجوب لا في الجواز.

وقال إسماعيل الحضرمي: إن في «مختصر» صاحب الكتاب الوجهين في

---

(١) الحاوي (٥/ ٤١٥).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٦٦).

(٣) التنبيه (ص: ٩١).

(٤) الأم (٣/ ١٠١).

(٥) التنبيه (ص: ٩١).

الجواز واللزوم؛ **أحدهما**: يجوز ويلزم.

والثاني: لا يجوز ولا يلزم.

قلت: وهكذا يقتضيه إيراد المحاملي في «المجموع»، وعلى هذا يكون في المسألة ثلاث طرق، وهذا كله إذا كان النوع المأتي به أجود، أما إذا لم يكن أجود فلا يجب قولًا واحدًا[١]، وفي الجواز الخلاف، واختلفوا في التفاوت بين العبد التركي ⇑ [١١٧/ب] والهندي، هل هو تفاوت جنس أو تفاوت نوع، والصحيح الثاني، وهل التفاوت بين الرطب والتمر وبين ما يسقى بماء السماء وما يسقى بغيره تفاوت نوع أو صفة، والصحيح الأول.

والذي يظهر أنا وإن قلنا: بجواز قبوله عن التمر لا يجبر على قبوله، وإن كان أجود من حيث القيمة؛ لأنه قد يكون له عرض صحيح في التمر، وقد تقدم أن الإجبار على قبول الأجود في اختلاف الوصف مشروطًا بذلك، وهو حقيقة الأجود على الإطلاق، وصورة قبول الرطب عن التمر حيث يجوز أن يكون قد أسلم في التمر بالوزن؛ فإن الرطب موزون، فلو أسلم في تمر كيلًا لم يمكنه قبول الرطب وزنًا لعدم المعيار، ولا كيلًا؛ لأنه ليس بمكيل.

والجاموس مع البقر نوعان؛ ففي جواز قبوله وجهان حكاهما في «البحر»[٢]، وكذلك الحمار الوحشي مع الأهلي، قال في «البحر»: «إن قلنا: لا يجوز في الجاموس فهاهنا أولى، وإن قلنا: يجوز في الجاموس فهنا وجهان»[٣]، **وحكى فيما «إذا وقع عن الغنم متولدًا بين الظباء والغنم ثلاثة أوجه؛ أحدها**: يجوز.

---

(١) في المخطوطة: «فواحدًا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٨٠).

(٣) المصدر السابق.

والثاني: لا يجوز.

والثالث: إن كانت الأم غنمًا جاز، وإلا فلا»[١]، والظاهر أن هذين الفرعين على قولنا بجواز إعطاء النوع عن النوع.

واعلم أن الشافعي قال في «الأم»: «وإنما يجوز أن يعطيه من ذلك النصف بعينه»[٢]، وظاهر هذا أنه لا يجوز أن يأخذ نوعًا عن نوع آخر، لكنه قال في بقية الكلام: «وقد قيل: إنه لو أسلفه في عجوة، فأراد أن يعطيه صيحانيًّا مكان العجوة لم يجز؛ لأن هذا بيع العجوة بالصيجاني قبل أن يقبض»[٣]، وهذا الكلام يقتضي أن في أخذ النوع عن النوع قولين، وأن أرجحهما الجواز، ويكون[٤].

وقال في باب اختلاف المتبايعين بالسلف: «أنه إن فارق [الاسم][٥] أو الجنس لم يجُبر عليه، وكان [مخيرًا في تركه وقبضه][٦]»[٧]، ومراد الشافعي بالجنس: النوع فإنه قال بعد ذلك: وبيان هذا أنه لو أسلفه في عجوة فأعطاه برديًّا وهو خير منها أضعافًا، لم أجبره على أخذه؛ لأنه غير الجنس الذي سلفه فيه، قد يريد العجوة؛ لأنه لا يصلح له البردي فيه، دل في هذا على أن أخذه النوع عن النوع يجوز ولا يجب.

---

(١) انظر: مصدره السابق.

(٢) الأم (٣/ ٣٧).

(٣) انظر مصدره السابق.

(٤) بياض بالأصل يزيد على نصف السطر، وكتب مقابله بالهامش ما نصه: «تعذر كتابة غيرها بالهامش».

(٥) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، وأثبتناه من الأم للشافعي.

(٦) ما بين المعقوفتين بياض بالأصل، وأثبتناه من الأم للشافعي.

(٧) الأم للشافعي (٣/ ١٣٧).


أسلم في قمح فأعطاه دقيقًا، أو سويقًا، لم يجز، نص عليه في «الأم»[١]، وعلله بأن الوجهين **أحدهما**: أنه غيره.

والثاني: أنه إن قيل: هو صنف واحد فقد أخذ مجهولًا عن معلوم؛ لأنه إذا أخذ مد دقيق عن مد قمح، فقد يكون مد القمح يأتي مدًّا أو ثلثًا من الدقيق.

قلت: وهذا يؤيد أن أخذ الرطب عن التمر: لا يجوز، وممن جزم بأن الدقيق لا يجوز أخذه عن الحنطة البغوي[٢].



(١) الأم (٣/ ١٣٢).
(٢) التهذيب (٣/ ٣٥٠).

قال:

وإن اتفق أن يكون رأس [١/١١٨] المال على صفة المسلم فيه؛ فأحضر ثوبًا على صفة رأس المال ففيه وجهان، أحدهما: لا يجوز قبوله؛ لأنه يصير الثمن هو المثمن، والعقد يقتضي أن يكون الثمن غير المثمن.

والثاني: أنه يجوز؛ لأن الثمن هو الذي سلم إليه، والمثمن هو: الموصوف [في الذمة، وما يدفعه إليه يدفعه عما في ذمته فلا يكون الثمن هو المثمن][(١)].



الوجهان حكاهما المصنف مطلقًا في الجواز، والشاشي كذلك في أنه هل يلزم قبوله أو لا؟ فيكون الخلاف في الجواز واللزوم وهما أيضًا في كلام الماوردي، وابن الصباغ، والرافعي[(٢)] وغيرهم، فيما إذا أسلم جارية في جارية فرد الجارية التي هي رأس المال عن المسلم فيها، وهي بصفتها إذا قلنا: يجوز إسلام جارية في جارية، وهو الأصح.

وعن أبي إسحاق: أنه لا يجوز، وقد ذكره المصنف في باب القرض، وسيأتي إن شاء الله، وكلام المصنف والشاشي وإن كان عامًّا: لكنه في تسليم ذلك عن رأس المال، ولم يتعرضا لامتناع السلم، بل كِلَاهما يشعر بصحته، وأن الخلاف إنما هو في وفائه عنه، **وقد ذكر الروياني في إسلام الثوب في الثوب ثلاثة أوجه:**

«**أحدها**: لا يجوز حتى يتفاوتا في بعض الأوصاف.

والثاني: يجوز؛ وإطلاق العقد يقتضي ثوبًا آخر، فإذا أتى بذلك لا

---

(١) غير موجودة في المطبوع من المهذب.

(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٨٠).

يلزمه، فإن قبله كان تقايلًا واسترجاعًا.

والثالث: يجوز، ويجب قبوله إذا أتى به. قال: وهو ظاهر المذهب»[١]، والجرجاني مع موافقته لأبي إسحاق قال: إنه إذا قلنا بالجواز فالأصح جواز القبول فلو قبله وأراد المقايلة بعد ذلك فوجهان في «البحر»: «**أحدهما**: المنع؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير الثوب عوضًا ومعوضًا في حالة الإقالة.

والثاني: الجواز يتقايلان على القيمة كما لو هلك رأس المال»[٢].

واعلم أن في كلام المصنف مشاحة؛ لأن المقصود أن الذي يحضره عن المسلم فيه هو رأس المال بعينه.

وقوله: «أحضر ثوبًا على صفة رأس المال» يقتضي أنه غيره.



---

(١) بحر المذهب (٥/ ١٨٣-١٨٤).

(٢) نفس المصدر (٥/ ١٨٤). بتصرف.

قال:

وإن أسلم [إليه][(١)] إلى محل فأحضر المسلم فيه قبله، أو شرط أن يسلم إليه في مكان فأحضر المسلم فيه في غير ذلك المكان؛ فامتنع المسلم من أخذه نظرت؛ فإن كان له غرض صحيح في الامتناع من أخذه؛ بأن يلزمه في حفظه مؤنة أو عليه في حمله مشقة، أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه، وإن لم يكن غرض صحيح في الامتناع لزمه أخذه.

فإن لم يأخذ [يأخذه][(٢)] رفع إلى الحاكم ليأخذه عنه، والدليل عليه ما روي [أن][(٣)] أنسًا ﵁ كاتب [عبدًا له][(٤)] على مال إلى أجل فجاءه بمال قبل الأجل فأبى أن يأخذه؛ فأتى عمر ﵁ فأخذه منه، قال ⇑[١١٨/ب] له: اذهب فقد عتقت، ولأنه زاده بالتقديم خيرًا [فلزم][(٥)] قبوله.



قصة أنس هذه ذكرها الشافعي في «الأم»[(٦)] منقطعة؛ فقال: أخبر بأن أنس بن مالك وفيها: وكان في الحديث فأمره عمر بأخذها منه وأعتقه، وكذلك رواها البيهقي في «المعرفة»[(٧)] من جهة الشافعي، وفي «الأم» بعد

---

(١) غير موجود في المطبوع من المهذب.
(٢) في المخطوطة: «يأخذ»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٣) سقط من المخطوطة، والصواب ما أثبتناه من المهذب (٣/ ٧٩).
(٤) في المخطوطة: «عبد الله»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٥) في المطبوع من المهذب: «فلزمه».
(٦) الأم (٣/ ١٤٠).
(٧) معرفة السنن والآثار (٨/ ٢١١).

ذلك قال الشافعي: «وهو يشبه القياس»[١]، واحتج الشافعي به لما ذكره المصنف، وسأتعرض في آخر الكلام لزيادة في الكلام عليه.

وقد قال جمهور الأصحاب: إن المسلم إليه إذا أتى بالمسلم فيه قبل المحل الزماني فإن كان المستحق له غرض في الامتناع كما ذكره المصنف.

ومن جملته أن يكون حيوانًا فيحذر من علفه، أو أجرة رعايته، أو ثمره أو لحمًا أو نحوهما من المأكول والمشروب يريد أكله أو شربه عند المحل طريا فلا يجبر على القبول لتضرره.

فلو كان العقد في وقت نهب وأتى به في وقت نهب فهل يجبر على القبول؟ فيه وجهان في الابا[٢] مع القطع بأنه لا يجب القبول إذا لم يكن العقد في وقت نهب.

وإطلاق المصنف يقتضي ترجيح عدم الإجبار، ولو كان غرضه في الامتناع انتظار سوق وزيادة سعر متوقع فهل ذلك عذر، أو يكون كما لو لم يكن له غرض في وجهان في «الحاوي»، وإن لم يكن له غرض في الامتناع، فإن كان للمؤدي غرض سوى براءة الذمة، كما لو كان به رهن يريد فكاكه أو ضامن يريد براءته، أو مكاتبًا يريد تعجيل النجوم ليعتق فيجبر على القبول، وقيل: يطرد القولين الاثنين في صورة الرهن والضمين.

قال الرافعي: «وهو غريب»[٣].

ولو كان مكاتبًا يريد تعجيل النجوم ليعتق أجبر السيد قطعًا، وهل يلتحق بهذه الأعذار خوفه من انقطاع الحبس قبل المحل؟ فيه وجهان؛ أصحهما:

---

(١) الأم (٣/ ١٤٠).
(٢) في الأصل بياض قدر كلمة.
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٣٥).

على ماذكره النووي[١] أنه يلتحق، وبه أجاب في «الوجيز»[٢]، لكن ابن الرفعة[٣] رجح خلافه رعاية لجانب المستحق، وهو ضعيف؛ لأن الغرض أن لا غرض للمستحق.

وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى البراءة فقولان؛ أصحهما: وهو الذي أورده المصنف، وبه جزم الماوردي أنه يجبر؛ لأن امتناعه بلا غرض مع قصد المؤدي براءة ذمته تعنت، لأثر عمر رضي الله عنه.

والثاني: لا؛ لأنه زيادة تبرع، وفيه منة عليه.

ومقتضى كلام الإمام[٤] في آخر باب النهي عن بيع وسلف أنه الصحيح، وإن تقابل غرض الممتنع والمؤدي فقد حكى الإمام طريقين؛ **أصحهما**: أن المرعي جانب المستحق.

[١١٩/أ]

والثانية: أنهما يتساقطان، ويجري القولان هذا الترتيب الذي أورده ⇑ كافة الأصحاب، وهو موافق لما قاله المصنف.

وقال الغزالي: «إنه يراعى جانب المؤدي أولًا؛ فإن كان له غرض في التعجيل أجبر الممتنع على القبول، وإلا فإن كان له غرض في الامتناع فلا يجبر، وإلا فقولان»[٥].

قال الرافعي رحمه الله: «ولا يخفى مخالفته لطريقة الجمهور؛ فإن ذكره عن تثبت فهو منفرد بما نقل، وإلا فقد التبس الأمر عليه»[٦].

---

(١) روضة الطالبين (١٢/ ٢٦٠).
(٢) الوجيز (ص:١٥٦).
(٣) كفاية النبيه (٨/ ٣٩٧).
(٤) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٧).
(٥) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٨-٤٤٩). بتصريف.
(٦) فتح العزيز (٩/ ٣٣٥-٣٣٦).

قلت: ومحل المخالفة والتفرد فيما إذا كان للمؤدي غرض في التعجيل وكونه بدأ بمراعاة غرض المؤدي، وقال بإجبار المستحق سواء أكان له غرض أو لا، وهو فيما إذا لم يكن للمستحق غرض موافق لأكثر الأصحاب على ما تقدم، وفيما إذا كان لكل منهما غرض موافق لأحد القولين من أحد الطريقتين اللتين حكاهما الإمام(١).

لكنه في «البسيط» صرح بأن الأصحاب قطعوا بالإجبار، ورعاية جانب المؤدي إذا كان لكل منهما غرض فيتوجه عليه ما أورده الرافعي(٢)، ولو لم يكن إلا كلامه في «الوسيط»(٣) و«الوجيز»(٤)، وإطلاقه فيهما القول بذلك من غير حكاية القطع لم يتوجه عليه؛ لأنه قد يكون اختار ذلك القول، وبسببه وقعت المخالفة في الترتيب.

فخرج من هذا أنه إن انفرد غرض المستحق فلا إجبار قطعًا، وإن وجد الغرضان فكذلك على المذهب، وإن انفرد غرض المؤدي أجبر المستحق على المذهب، وإن انتفى الغرضان فقولان أصحهما الإجبار، وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المسلم فيه.

وأما السلم الحال فإن كان للمؤدي غرض سوى البراءة أجبر المستحق على القبول بلا خلاف، ونقل ابن الرفعة في «شرح الوسيط» عن «النهاية» خلافًا فيه، وهو غلط منه، وكأنه التبس عليه، وإن لم يكن للمؤدي غرض فطريقان **أصحهما**: أنه يجبر على القبول، أو الإبراء.

والثانية: أنه على القولين؛ لأنه يقول: الحق لي فأؤخره إلى أن أشاء.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٣٨).

(٢) انظر مصدره السابق.

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٨-٤٤٩).

(٤) الوجيز (ص:١٥٦).

والمصنف استغنى عن ذكره هذه الحالة بإطلاقه لزوم القبول فيما تقدم، والمراد به بعد المحل، وجميع ما تقدم ملخصه أن المراعي قبل المحل غرض المستحق وبعد المحل غرض المديون، وحيث ثبت الإجبار فلو أصر على الامتناع أخذه الحاكم له لقصة أنس، وهل يجب على الحاكم قبول ذلك؟ فيه وجهان حكاهما البغوي[1] هنا، والرافعي[2] في كتاب الوديعة، وجه المنع أن الدين لا يخشى عليه الهلاك بخلاف المعين، وتبرأ ذمة المديون بقبض الحاكم ويكون أمانة لمستحقه في يد الحاكم أو يد من أنابه.

واعلم أن الإجبار يكون على القبول أو الإبراء، وأما الحاكم فلا ينوب عنه في الإبراء؛ لأنه لا مصلحة له فيه، وإنما ينوب عنه في القبض، هذا في المحل الزماني. ⇑ [١١٩/ب]

وأما المكاني إذا شرطه أو أطلق، وقلنا: يصح، ويحمل على موضع العقد؛ فأتى به في غير ذلك الموضع فحكمه حكم ما مضى في الزمان، هكذا ذكره المصنف والأصحاب، ولم يخالفهم الغزالي هنا بل وافقهم في مراعاة جانب المستحق، ويلزمه الفرق أو موافقتهم هناك.

وحيث لا نقول بالإجبار في المكان فرضي وأخذه لم يكن له تكليفه مؤنة النقل، ولو بذل له أجرة الحمل إلى ذلك الموضع لم يلزمه قبوله بل لا يجوز أخذ الأجرة عنه؛ لأنه كالاعتياض عن بعض المسلم فيه، ذكر ابن شريح، ووافقه الأصحاب.

ونقل ابن المنذر: «كراهة ذلك عن مالك، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق.

---

(١) التهذيب (٣/ ٥٨٧).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٣٦).

وعن أبي ثور: أن له أخذ الكراء»[(١)].

وإن جعله نائبًا عنه في حمله إلى ذلك الموضع لم يكن المسلم قابضًا له بل يفتقر إلى تسليمه إليه في الموضع المعين، أو في غيره إذا رضي المسلم بذلك.

قال الأصحاب: ويجب التسليم في المكان الذي تعين إما بالعقد وإما بالشرط، فلو وجد المسلم إليه في غيره فإن كان لنقله مؤنة لم يطالب به بلا خلاف، وهل يطالب بالقيمة للحيلولة؟ وجهان؛ الصحيح الذي قطع به العراقيون وصاحب «التهذيب»[(٢)]: لا؛ لأنه اعتياض قبل القبض.

فعلى هذا للمسلم الفسخ واسترداد رأس المال كما لو انقطع المسلم فيه، وإن لم يكن لنقله مؤنة كالدراهم والدنانير فله مطالبته به، وأشار إمام الحرمين إلى خلاف فيه، ولو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الإتلاف فهل له مطالبته بالمثل فيه؟ الأصح ليس له المطالبة إلا بالقيمة.

واعلم أن المذكور في قصة أنس في الكتاب يقتضي أن عمر أخذها، والمذكور في رواية الشافعي أن عمر أمره بأخذها، وأعتقه، وكلاهما يدل على الإجبار من حيث الجملة، وإنما الاختلاف في طريقه: هل ينوب الحاكم عنه أو يرهقه إليه؟ والجمع بينهما بما تقدم من كلام الأصحاب.

وفي لفظه ما يقتضي أن الشافعي غير جازم بروايته لقوله: «وكان في الحديث» إن كانت حرف التشبيه، وإن كانت كان الناقصة فيكون على كل تقدير المقصود بذلك الاستئناس مع القياس لما عرف من ذهبه، لكنه لم يرد في محل القولين، وهو ما إذا لم يكن لهما غرض فإن أكثر الأصحاب على القطع بالإجبار في الكتابة ونحوها كما تقدم، فاستدلال الشافعي به يقتضي

(١) الإشراف على مذاهب العلماء لابن المنذر (٦/ ١١٤). بتصريف يسير.

(٢) التهذيب (٤/ ١٦٢).

أنه لا فرق بين أن يكون للمؤدي غرض أو لا كما هي طريقة بعض الأصحاب، ولعل الأكثرين يقولون: إنه إذا انتفى غرض المؤدي ينفرد القياس بالدلالة وهو كاف وإذا وجد انضم إلى الأثر.

وقد ذكر ابن المغلس أثرًا آخر [١٢٠/أ] استدل به على عدم الإجبار قبل المحل أن قومًا بالمدينة كاتبوا غلامًا لهم على أربعة آلاف نجومًا على أن يؤدي كل ألف درهم؛ فلما كتبوا الكتاب قال: هلم إلي مالكم فخذوه، قالوا: لا نأخذه إلا كما شرطنا، فأتى عثمان فحكى ذلك له فأمره أن يأتي بالمال فأرسل إليهم فعرضه عليهم فأبوا أن يقبلوه إلا نجومًا فألقاه في بيت المال وقال[١]: تعالوا كل سنة فخذوا ألفا.

قلت: وعندي أن هذا ليس لأثر عمر بل موافق له في قبض عثمان له ووضعه في بيت المال، وإنما قال لهم: تعالوا كل سنة خذوا ألفًا لامتناعهم من أخذه، وبعد وصوله إلى بيت المال وحصول العتق لا يبقى غرض في إجبارهم، وقد صرح الماوردي[٢] على قولنا بالإجبار: إنه إذا امتنع يأخذه القاضي ثم يضعه في بيت المال حتى يأخذه متى شاء.

فرع هذا كله إذا أتى بالدين من هو عليه من أصيل أو ضامن بالإذن أو بدونه، أما الأجنبي إذا تبرع بأدائه فإن كان عن حي لم يجب القبول، وإن كان عن ميت، فإن كان الوارث وجب القبول؛ لأنه يخلص التركة لنفسه، وإن تبرع غير الوارث ففيه تردد جواب للقاضي حسين.

وقد نقل الشافعي في «الأم» عدم الخلاف في الوجوب إذا كان الباذل هو الوارث، واستدل بذلك على الوجوب في أصل المسألة لكن لم يفصل

---

(١) في المخطوطة: «قالوا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٠٦).

الشافعي بين أن يكون إعطاء الدين من التركة أو من جهة الوارث تبرعًا.

فرع آخر حيث قلنا: يجبر في الحال، ولا يجبر في المؤجل فاختلفا، فقال المسلم إليه: هو حال، وأراد الإجبار، وقال المستحق: هو مؤجل فعن «البحر»[(١)] في آخر كتاب الضمان أن والده قال: يحتمل وجهين بناء على ما إذا عقب الإقرار بالتأجيل.

هذا الذي قاله في «البحر» ظاهر فيما إذا كان اختلافهما في ثبوت الدين مطلقًا من غير تشبه إلى عقد.

أما لو اتفقا على الأجل واختلفا في حلوله فهل يجري الاحتمالان اللذان ذكرهما الروياني، أم يجزم بأن قول المستحق؛ لأن الأصل بقاء الأجل.

اختار ابن الرفعة الثاني[(٢)]، ونسبه إلى باب اختلاف المسلف والمسلف من «الأم»، والذي في «الأم»[(٣)] في هذا الباب إنما هو بالعكس إذا ادعى المستحق انقضاء الأجل ولا إشكال في ذلك، أما في مسألة الروياني[(٤)] فلا يبعد جريان الاحتمالين فيها لما ذكر، على أن الشيخ أبا حامد أطلق أنهما إن اتفقا في الأجل واختلفا في مضيه فالقول قول من يدعي بقاءه للأصل.

ولو اختلفا في صدور العقد هكذا فالظاهر أنها من صور التحالف؛ لأنهما اختلفا ⇑ [١٢٠/ب] في الأجل، قال ابن الرفعة[(٥)]: إلا أن يقال: إنما يكون التحالف إذا ادعى المسلم إليه التأجيل، والمسلم الحلول؛ لأن الأجل يقابله قسط من الثمن وما نحن فيه عكسه.

---

(١) بحر المذهب (٥/ ٥٠٧).

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٧١).

(٣) الأم (٣/ ١٣٨).

(٤) انظر مصدره السابق.

(٥) كفاية النبيه (٩/ ٧١).

فرع لو جاء بالمسلم فيه وخلى بينه وبين المسلم ووضعه بين يديه فإن قلنا: لا يحصل القبض بذلك في البيع فها هنا أولى، وإن قلنا: يحصل هناك فهاهنا وجهان، والفرق أن الملك هناك ثابت في المعين فأشبه الغاصب والمستعير، وهاهنا يريد أن يجعله ملكًا فأشبه المستقرض إذا أتى بمال القرض ووضعه بين يدي المقرض لا يخرج عن ضمانه.

فرع من له الأجل إذا قال: أسقطت الأجل، هل يسقط في حق المستحق حتى يجوز له المطالبة في الحال؟ فيه وجهان في «الوسيط»[1] وغيره؛ **أحدهما**: لا لوصف الصحة.

والثاني: يسقط؛ لأنه متميز عن الحق إذ الحق عليه، والأجل له.

ومحل الوجهين في سقوطه في حق من عليه الحق، أما صاحب الحق فلا يسقط في حقه حتى لا يلزمه القبول إن كان له غرض في التأخير، كذا قاله القاضي حسين في باب النهي عن بيع وسلف.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٤٩).

قال:

وإن سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال: أنقص من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجز؛ لأنه بيع أجل، والأجل لا يفرد بالبيع، ولأن هذا في معنى الربا في الجاهلية فإنه كان في الجاهلية يقول من عليه الدين: زدني في الأجل أزدك في الدين.

الشَّرْحُ

أما كون ربا الجاهلية ما ذكر فصحيح؛ قاله الشافعي[(١)]، ورواه مالك في «الموطأ»[(٢)] عن زيد بن أسلم، قال: كَانَ الرِّبَا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، أَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ عَلَى الرَّجُلِ الْحَقُّ، إِلَى أَجَلٍ. فَإِذَا حَلَّ الْحَقُّ، قَالَ لَهُ غَرِيمُهُ: أَتَقْضِي، أَمْ تُرْبِي؟ فَإِنْ قَضَاهُ، أَخَذَ. وَإِلَّا زَادَهُ فِي حَقِّهِ. وَأَخَّرَ عَنْهُ فِي الْأَجَلِ.

وروي معنى ذلك عن مجاهد، ولا خلاف بين الأمة أن هذا حرام[(٣)]، وأما ما ذكره المصنف أنه في معناه؛ فلأنه نقصان في مقابلة نقصان الأجل فهو كالزيادة في مقابلة زيادة الأجل، ومراد المصنف إذا جرى ذلك على سبيل الشرط.

وقد روي في ذلك آثار صحيحة وحديث ضعيف منها: عن المقداد بن الأسود قال: أَسْلَفْتُ رَجُلًا مِائَةَ دِينَارٍ ثُمَّ خَرَجَ سَهْمِي فِي بَعْثٍ بَعَثَهُ

(١) الأم (٣/ ١١٩).

(٢) الموطأ (٢٤٨٠).

(٣) انظر حكاية الإجماع في: مجموع الفتاوى لابن تيمية (٢٩/ ٤١٨ - ٤١٩) (٢٩/ ٤٧٠) (٢٠/ ٣٤٩)، أحكام القرآن للجصاص (١/ ٥٦٦)، تفسير القرطبي (٣/ ٣٤٨)، الحاوي (٥/ ٧٦)، البيان والتحصيل (١٠/ ٥٦٥).

رَسُولُ اللَّهِ ﷺ؛ فَقُلْتُ لَهُ: عَجِّلْ لِي تِسْعِينَ دِينَارًا وَأَحُطُّ عَشَرَةَ دَنَانِيرَ، فَقَالَ: نَعَمْ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «**أَكَلْتَ رِبًا يَا مِقْدَادُ وَأَطْعَمْتَهُ**». رواه البيهقي[1] بسند ضعيف.

وصح عَنْ أَبِي صَالِحٍ، مَوْلَى السَّفَّاحِ واسمه: عبيد؛ أَنَّهُ قَالَ: بِعْتُ بَزًّا مِنْ أَهْلِ السُّوقِ، إِلَى أَجَلٍ [٣/١٢١] ثُمَّ أَرَدْتُ الْخُرُوجَ إِلَى الْكُوفَةِ. فَعَرَضُوا عَلَيَّ أَنْ أَضَعَ عَنْهُمْ وَيَنْقُدُونِي، فَسَأَلْتُ عَنْ ذلِكَ زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ، فَقَالَ: لَا آمُرُكَ أَنْ تَأْكُلَ هذَا، وَلَا تُؤْكِلَهُ. رواه مالك في «الموطأ»[2].

وصح عَنِ ابْنَ عُمَرَ أَنَّه سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ يَكُونُ لَهُ الدَّيْنُ عَلَى رَجُلٍ إِلَى أَجَلٍ، فَيَضَع صَاحِبُهُ وَيُعَجِّلُ لَهُ الآخَرُ، قَالَ: فَكَرِهَ ابْنُ عُمَرَ ذَلِكَ، وَنَهَى عَنْهُ[3].

وصح عَنْ أَبِي الْمِنْهَالِ: أَنَّهُ سَأَلَ ابْنَ عُمَرَ، قُلْتُ: لِرَجُلٍ عَلَيَّ دَيْنٌ، فَقَالَ لِي: عَجِّلْ لِي وَأَضَعُ عَنْكَ، فَنَهَانِي عَنْهُ، وَقَالَ: نَهَى أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ - يَعْنِي عُمَرَ - أَنْ نَبِيعَ الْعَيْنَ بِالدَّيْنِ[4].

أما إذا كان ذلك بغير شرط، وبوب البيهقي[5] عليه: باب من عجل له أدنى من حقه قبل محله فوضع عنه طيبة به أنفسهما، وروى فيه أثرًا صحيحًا عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسًا أن يقول: أُعَجِّلُ لَكَ وَتَضَعُ عَنِّي[6].

وحديثًا عن ابن عباس قال: لَمَّا أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِإِخْرَاجِ بَنِي النَّضِيرِ مِنَ الْمَدِينَةِ جَاءَهُ نَاسٌ مِنْهُمْ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّكَ أَمَرْتَ بِإِخْرَاجِهِمْ،

---

(١) في الكبرى (٦/ ٢٨) (برقم: ١٠٩٢٤).
(٢) الموطأ (٢٤٧٨).
(٣) في الكبرى (٦/ ٢٨) (برقم: ١٠٩٢٢).
(٤) عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ٧٢) (١٤٣٥٩).
(٥) (٢٧/٦).
(٦) في الكبرى (٦/ ٢٨) (برقم: ١٠٩١٨).

وَلَهُمْ عَلَى النَّاسِ دُيُونٌ لَمْ تَحِلَّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **«ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا»**، أَوْ قَالَ: **«وَتَعَاجَلُوا»**.

اختلف الناس في هذا الحديث؛ فالبيهقي[1] وغيره ضعفوه، والحاكم قال: «إنه صحيح الإسناد»[2].

إذا علمت ذلك، وأن كلام المصنف محمول على ما إذا كان بالشرط فإن صدر ذلك على وجه العقد فلا إشكال في فساده، ولذلك إذا أبرأه فأبراه المستحق من بعض الحق على شرط التعجيل والحكم بفساد ذلك يقتضي فساد الإبراء بالشروط الفاسدة.

وكذلك إن عجل له بعضًا بشرط أن يبرئه من الباقي، كان إقباضًا فاسدًا؛ فيسترده.

قال الشافعي في الصرف إذا كان له عليه ذهبٌ إلى أجل: «أقبضتك قبل الأجل على أن لا يأخذ أنقص فلا جبر فيه»[3].

وقال فيه أيضًا في المسلم فيه: «ولا جبر في أن يعجله على أن يضع عنه، ولا في أن يعجله على أن يزيده المسلف؛ لأن هذا بيع يحدثانه غير البيع الأول»[4].

وأما إذا قال من عليه الحق: أنقص عني كذا حتى أقدم لك فأبرأه من ذلك المقدار، فكلام المصنف يقتضي الفساد، ويكون كما لو صرح بالشرط، وكان ذلك لقرينة السؤال.

ويحتمل أن يقال: إن هذا التماس ووعد فإذا حصل الإبراء مطلقًا صح،

---

(١) في الكبرى (٦/ ٢٨) (برقم: ١٠٩٢٠)

(٢) المستدرك على الصحيحين (٢/ ٦١).

(٣) الأم (٣/ ٣٣).

(٤) الأم (٣/ ٣٧).

وغاية ما فيه أن السائل غَرَّه بكلامه، والذي يؤيد هذا الاحتمال أن الشافعي قال في «الأم»: «لو أسلفه في طعام إلى أجل، فلما حل الأجل، قال له: بعني طعامًا بنقد أو إلى أجل حتى أقضيك منه؛ فإن وقع العقد على ذلك لم يجز، وإن باعه ⇑[١٢١/ب] على غير شرط فلا بأس بذلك»[١]، والقابض بالخيار إن شاء وَفَّى له، [و][٢] إن شاء لم يف.

ولو اشترى منه من غير شرط، وبينهما أن يقبضه منه صح البيع، فلم يجعل الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هذه الصيغة شرطًا فيتعين تأويل كلام المصنف على ذلك.

ولو قضاه أكثر مما يستحقه أو أجود بشرط أن يبيعه منه لم يصح القبض، نص عليه، ويجب رده أو رد الزيادة، ويأخذ قدر حقه من جنسه.

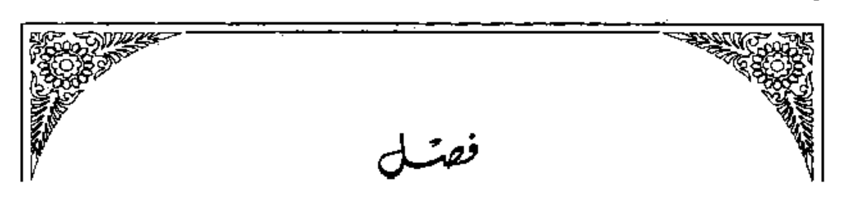


---

(١) الأم (٣/ ٧٤).

(٢) زيادة ليست في المخطوطة، ليستقيم بها المعنى.

قال:



فصل

[السلم في طعام مكيل]

وإن أسلم إليه في طعام بالكيل، أو اشترى منه طعامًا بالكيل، فدفع إليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض؛ لأن المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير كيل، فإن كان المقبوض باقيًا رده على البائع ليكيله له، وإن تلف في يده قبل الكيل تلف من ضمانه؛ [لأنه][1] قبض من غير حقه، وإن ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله؛ لأن الأصل أنه لم يقبض إلا ما ثبت بإقراره.

وإن باع الجميع قبل الكيل لم يصح؛ لأنه لا يتحقق أن الجميع له، وإن باع منه القدر الذي يتحقق أنه له، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنه يصح، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه دخل في ضمانه فنفذ بيعه فيه، كما لو قبضه بالكيل.

والثاني: لا يصح، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، وهو المنصوص في الصرف؛ لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد، فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه.



الشرح

الحكم المذكور مطرد في المكيل والموزون إذا قبضهما جزافًا، وما صدر به المصنف من عدم صحة القبض لا يكاد يعرف فيه خلاف إلا ما

(١) في المخطوطة: «لا»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

حكيناه في باب الربا عن الشيخ أبي محمد في تقابض الصبرتين من غير كيل، أنه حكى في صحته وفساده وجهين، وجماهير الأصحاب مطبقون على إطلاق الفساد، ونصوص الشافعي دالة عليه، بل وجميع العلماء.

واعترض الإمام(١) بأن إطلاق الفساد إنما يستمر إذا منعنا التصرف، ومال إلى ما قاله شيخه، ولا فرق في ذلك بين أن يقبضه المستحق اعتمادًا على إجبار من عليه أنه قدر حقه أو لا.

ولو أسلم كيلًا فقبض بالوزن، أو وزنًا فقبض بالكيل، لم يصح القبض، كما لو قبض جزافًا، نص عليه الشافعي(٢) والأصحاب.

ولو اكتاله بغير الكيل الذي وقع عليه العقد، كما لو باع صاعًا فاكتاله بالمد، أو قفيزًا فاكتاله بالمكوك الذي هو ربعه، أو ثمنه أو باعه ويبة فاكتالها بالربع فهل يكفي؟ فيه وجهان في «الحاوي»، رجح ابن الرفعة(٣) عدم الاكتفاء للتفاوت.

ونص الشافعي في «الأم»(٤) يدل على أنه لابد أن يكون بكيل مثل ذلك الكيل، فإن فرض ترجح عدم الصحة، كما قال ابن الرفعة.

وقول المصنف: «إنه إن كان باقيًا رده على البائع [١٢٢/أ] ليكيله له» هو نتيجة الحكم بالفساد، ومن يقول بالصحة كما حكاه الشيخ أبو محمد، يحتمل: أن يقول بذلك أيضًا ليتم القبض بالكيل.

ويحتمل: أن يقول: لا يجب بل يكتاله، فإن كان زائدًا رد الزائد، وفي كلام بعضهم ما يقتضيه.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٨٦-١٨٧).

(٢) الأم (٣/ ٩٩).

(٣) كفاية النبيه (٩/ ٥٢).

(٤) انظر مصدره السابق.

وقوله: إنه إن تلف في يده تلف من ضمانه هو مقتضى ما جزم به الرافعي[(١)] في باب القبض، ونقل الإمام[(٢)] الوفاق عليه، لكن الرافعي[(٣)] في باب بيع الثمار حكى وجهين في انفساخ العقد بتلفه في يد المشتري قبل الكيل.

ومقتضى القول بالانفساخ أنه لا يضمنه ضمان العقود؛ **فعلى هذا يأتي في مسألتنا هنا وجهان**:

أحدهما: أنه يتلف من ضمانه أعني ضمان العقود، ولا يبقى له على المسلم إليه شيء.

والثاني: أنه يضمنه ببدله ضمان يد، ويكون المسلم فيه باقيًا له في ذمة المسلم إليه، وهو مقتضى كلام الماوردي في باب السلم، وهو مناقض لما قدمه في باب بيع الطعام، لكن المذكور هنا هو القياس.

وتعليل المصنف يشعر بالأول، وأنه يضمنه ضمان العقود كما اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب، والماوردي في أحد قوليه، والمحاملي، ولا يوافق ذلك الحكم بفساد القبض، بل ينبغي إذا قلنا بفساد القبض لا يترتب عليه حكم، وينفسخ العقد بتلفه إذا كان معينًا، ولا يضمنه ضمان العقود، ولا يصح تصرفه في شيء منه، كما سيأتي.

وإن قلنا بصحة القبض انعكست هذه الأحكام، وحيث نص الشافعي على فساد القبض وفساد التصرف فقياسه أن المقبوض يتلف على البائع.

نعم: إذا تلف على ملك الدافع، وهو مثلي، فله عليه مثله، فيجري التقاص فيه مع المسلم فيه، فإن تساويا برئت ذمة المسلم إليه، وإن كان

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٣٦).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٨٦-١٨٧).

(٣) فتح العزيز (٨/ ١٧١).

المدفوع أقل رجع المسلم بالتكملة، وإن كان أزيد رد الزائد إن ادعى أنه قدر حقه، وبذلك صرح القاضي أبو الطيب، وهو مقتضى كلام الماوردي[(١)] في باب بيع الطعام، وكلام المحاملي هنا وصرحوا ببراءة ذمته منه، وقول القابض أنه دون حقه مقبول مع يمينه بلا خلاف، نص عليه الشافعي[(٢)] بعد قوله: ولو أعطاه طعامًا يصدقه في كيله، لم يجز.

قال الأصحاب: لم يرد الشافعي أنه اعترف بصحة الكيل، فإنه حينئذ لا تسمع دعواه، وإنما أراد قبول خبره، وحمله على الصدق.

قال القاضي أبو الطيب: ولأن تصديقه في كيله لا يمنع صحة دعواه؛ لأن الكيال قد يبخس فينقص، وقد يوفي فيزيد، ولهذا نقول: إذا خرج زائدًا سلمت الزيادة للبائع، وإن كان قد أقر بأنه عشرة أقفزة.

قلت: وهذا من القاضي يوافق [١٢٢/ب] من يقول في المرابحة إذا بين لغلطه وجهًا محتملًا قبل، ولا فرق فيما إذا قبض جزافًا بين أن يدعي نقصانًا قليلًا أو كثيرًا، نص عليه الشافعي والأصحاب، بخلاف ما إذا كان قبضه بالكيل، وقال الأوزاعي والنووي: إن القول قول البائع وعدم صحة بيع الجميع متفق عليه بين الأصحاب غير الإمام[(٣)].

ومقتضى قول من يقول بصحة القبض أنه إن كانت زائدة يبطل في الزائد وفي القدر المستيقن قولًا تفريق الصفقة، ولم يصرح به أحد من الأصحاب غير الإمام، وهو الحق إذا قيل بصحة القبض، وإن كانت سواء أو ناقصة فيصح كما لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فإذا هو ميت.

والوجهان في بيع القدر المستيقن مشهوران، وصورته أن يبيع من الصبرة

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٢٣٣).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٨٠).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ١٨٥).

المقبوضة قدر حقه على الإشاعة أو الإبهام كقوله: بعتك صاعًا من هذه الصبرة إذا كان يعلم أن حقه صاع، أما إذا أفرز صاعًا وباعه معينًا فهو كما لو باع الجميع لعدم الكيل المعتبر، والقسمة الصحيحة.

إذا عرف ذلك فالشيخ أبو حامد، والمحاملي، صححا ما قاله أبو إسحاق، والجمهور على ما قاله الرافعي ماعدا ابن أبي هريرة.

ونسبة المصنف ذلك إلى النص تشعر بميله إليه، وهو مقتضى الحكم بفساد القبض، وإلا فإذا صح التصرف لا معنى للفساد كما قال الإمام(١)، وتكلف الشيخ أبو حامد وموافقوه من القائلين بصحة التصرف مع حكمهم بفساد القبض بأن المراد بالفساد قبول قول القابض في مقداره، وقد تقدم ما في ذلك.

والعمدة في امتناع البيع ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: **«مَنِ اشْتَرَى طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ»**. رواه مسلم(٢). خرج الجزاف بدليل معينًا(٣) فيما عداه على مقتضى الحديث.

فرع حكم المذروع إذا سلمه بغير ذرع والمعدود إذا سلمه بغير عدد حكم المقبوض جزافًا في جميع ما تقدم، نص عليه الأصحاب خلافًا لأبي حنيفة(٤).

* * *

(١) هكذا جاءت في المخطوطة.

(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٨٦).

(٣) مسلم (١٥٢٥).

(٤) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١١)، فتح القدير (٧/ ٧١)، البحر الرائق (٦/ ١٦٩).

قال:

وإن دفع إليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه، فإن كان ما يدعيه قليلًا، قبل منه، وإن كان كثيرًا، لم يقبل منه؛ لأن القليل يبخس به، والأصل عدم القبض، والكثير لا يبخس به؛ فكأن دعواه مخالفة للظاهر فلم يقبل.


الشرح

ذكر المصنف المسألة في باب اختلاف المتبايعين وتكلمنا عليها هناك، وحكى فيها قولين؛ لكن يحتمل: أن يفرق بين تلك فإنها في قبض المعين كعشرة أقفزة من صبرة معينة، وبين هذه التي في قبض ما في الذمة؛ وتكون دعوى نقصان الكثير لا تقبل في الموضعين، ودعوى نقصان القليل لواحد من عشرة تقبل هنا، وفي المعين قولان لكن هذا مخالف [١٢٣/أ] لكلام الأصحاب.

ويحتمل: أن تكون المسألتان سواء، ويكون هذا التفصيل مخالفًا لحكاية الخلاف هناك، وعلى ذلك حمله الفارقي وغيره، وكذلك الرافعي حكى القولين في المسألتين، وأن صاحب «التهذيب»[١] رجح قبول قوله، وأن مقابله أصح عند القاضي أبي الطيب وغيره، ونبه البغوي[٢]، والرافعي[٣].

على أن النقص لو كان بقدر ما يقع مثله في الكيل والوزن قُبِلَ قوله قولًا واحدًا؛ فإن حملنا القليل في كلام المصنف هنا على ذلك صحَّ، وكان قوله أنه لا يقبل في الكثير موافقًا لأبي الطيب، ولأبي حامد وغيرهما، ومخالفًا

(١) التهذيب (٣/ ٥٠٣).
(٢) انظر مصدره السابق.
(٣) فتح العزيز (٨/ ٤٤٨).

لصاحب «التهذيب».

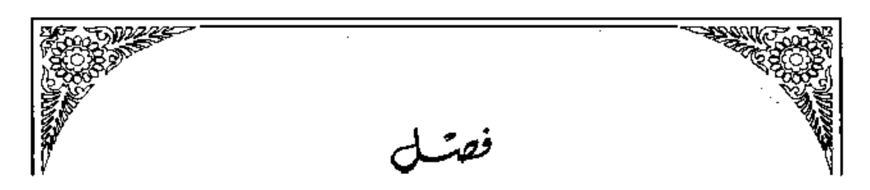
وقد ذكر القاضي أبو الطيب في باب بيع الطعام هذا التفصيل الذي ذكره المصنف هنا بعينه، وكذلك الشيخ أبو حامد، وإن حملنا القليل على الواحد من العشرة؛ كما قاله الفارقي كان القول بقبول قوله مخالفًا لطريقته، وموافقا لصاحب «التهذيب»[١]؛ كما نبهت عليه في باب اختلاف المتبايعين؛ فحمله على الأول أولى، ولينظر تمام ما قلناه هناك.

فرع قال الشافعي والأصحاب: إذا دفع بالكيل فعليه أن يملأ القفيز ويصب على رأسه من غير أن يزعزعه ويكيفه، أو يضع الكف على جوانبه أو يدق عليه بل يعطيه بما حمل رأسه، ولا يمسحه، ولو جرت العادة بذلك على ما صرح به الشيخ أبو حامد، فإذا اكتال على هذه الصورة لم يحصل ظلم للبائع ولا للمشتري.



(١) التهذيب (٣/ ٥٠٣).

قال:



فصل

[الحوالة في المسلم فيه]

وإن أحاله على رجل له عليه طعام، لم يصح؛ لأن الحوالة بيع وقد بينا في كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض.

الشرح

هذا هو الصحيح المنصوص الذي جزم به العراقيون، قال الشافعي في «الأم»: «وهذا هو نفس بيع الطعام قبل يقبض»[١]، وهكذا نص أنه لا يجوز الحوالة عليه، فلا جرم كان الصحيح الذي عليه العراقيون أنه لا تجوز الحوالة بالمسلم فيه، كما ذكره المصنف، ولا عليه.

وفيه وجه ثانٍ: يعزى لأبي حفص بن الوكيل: أنه تجوز الحوالة به وعليه؛ لأن الحوالة استيفاء.

ووجه ثالث في «النهاية»[٢]: أنها تجوز به، ولا تجوز عليه.

ووجه رابع حكاه الغزالي في «البسيط» و«الوسيط»[٣]: ولم يوجد لغيره أنها تجوز عليه، ولا تجوز به، وقد ذكر المصنف منع الحوالة عليه في باب

(١) الأم (٣/ ٧٣).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ١٩٣).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٨).

الحوالة.

واعلم أن الحوالة بالمسلم فيه إذا قلنا: إنها بيع لا إشكال في امتناعها.

أما إذا قلنا: بأنها استيفاء فيعتذر عنه بأمرين أحدهما: أن فيها شائبة المعاوضة.

والثاني: عدم الاستقرار كما أشار إليه المصنف في [١٢٣/ب] «التنبيه»[1]، ولولا ذلك لأشكل على العراقيين الجازمين بالامتناع، وهم مترددون في أنها استيفاء أو معاوضة، وكذلك غيرهم ممن وافقهم على ذلك.

إذا علم ذلك فإن كان لزيد على عمرو طعام ولعمرو على خالد مثله؛ فأحال عمرو زيدًا على خالد به، فإن كان الذي لعمرو من جهة قرض، والذي لزيد على عمرو من جهة سلم فالفساد من جهة زيد؛ لأنه يبيع طعامه الذي له على عمرو من السلم بالذي لعمرو على خالد من جهة القرض، وبيع المسلم فيه لا يجوز، وهذه حوالة بالمسلم فيه لا عليه.

وإن كان الطعامان من جهة السلم فالفساد من الطريقين؛ لأنه أحال بالمسلم فيه، وعليه، وكلام المصنف يشمل هاتين الصورتين لإطلاق قوله طعام، وإن كان الطعامان من جهة قرض ففي صحة الحوالة وجهان أصحهما في «البيان»[2]، وبه جزم القاضي أبو الطيب الصحة؛ لأنه لا يعرض له فسخ ولا انفساخ. وهذه الصور الثلاث ذكرها العمراني في «البيان»[3]، وإن كان الذي لعمرو من جهة سلم، والذي لزيد من قرض؛ فهذه حوالة على المسلم فيه لا به؛ فالفساد من جهة عمرو؛ لأنه يبيع طعامه الذي على خالد من السلم بالذي لزيد عليه من القرض.

---

(١) التنبيه (ص: ١٠٥).

(٢) البيان (٥/ ٤٤٧).

(٣) انظر مصدره السابق.

قال:

فإن قال: لي عند رجل طعام فاحضر معي [حتى][(١)] أكتاله لك؛ فحضر فاكتاله، لم يجز لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ؛ صَاعُ الْبَائِعِ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي. وهذا لم يجز فيه الصاعان، وهل يصح قبض المسلم [إليه][(٢)] لنفسه؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب، فقبض منه المشتري، فإن قبض المشتري لنفسه لا يصح، وهل يصح القبض للسيد؟ فيه قولان؛ أحدهما: يصح؛ لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله.

والثاني: لا يصح؛ لأنه لم يأذن له في قبضه له، وإنما أذن له في قبضه لنفسه فلا يصير القبض له.

ويخالف الوكيل فإنه قبضه لموكله، فإن قلنا: إن قبضه لا يصح؛ اكتال لنفسه مرة أخرى، ثم يكيله للمسلم.

وإن قلنا: إن قبضه يصح؛ كاله للمسلم.

وإن قال له: احضر معي حتى أكيله لنفسي وتأخذه فقعل ذلك؛ صح القبض للمسلم إليه؛ لأنه قبضه لنفسه قبضًا صحيحًا، ولا يصح للمسلم؛ لأنه دفعه إليه من غير كيل، وإن اكتاله لنفسه وسلم إلى المسلم، وهو في المكيال ففيه وجهان؛ أحدهما لا يصح لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ [١/١٢٤] الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ، وهذا يقتضي كيلًا بعد كيل، وذلك لم يوجد.

والثاني: أنه يصح؛ لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه، ولو ابتدأ بكيله جاز، فكذلك إذا استدامه.



(١)(٢) من المطبوع من المهذب، وغير موجودة في المخطوطة.

هذا الحديث رواه ابن ماجه[١] والدارقطني[٢] والبيهقي[٣] من رواية ابن أبي ليلى عن أبي الزبير عن جابر، وابن أبي ليلى حاله مشهور، لكنه عضدته رواية أخرى عن أبي هريرة رواها البيهقي[٤]، ولفظه: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ فَيَكُونَ لِلْبَائِعِ الزِّيَادَةُ وَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ.

وروي عن الحسن عن النبي ﷺ مرسلًا، وإذا ضم بعضها إلى بعض قوي مع الأحاديث الصحيحة عن ابن عباس عن رسول الله ﷺ قال: «**مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِعْهُ حَتَّى يَكْتَالَهُ**». رواه مسلم[٥].

وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ: نَهَى أَنْ يَبِيعَ أَحَدٌ طَعَامًا اشْتَرَاهُ بِكَيْلٍ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ[٦].

وفي البخاري بغير إسناد أن النبي ﷺ قال لعثمان: «**إِذَا ابْتَعْتَ فَاكْتَلْ، وَإِذَا بِعْتَ فَكِلْ**»[٧].

وبذلك صح الاحتجاج بالحديث المذكور.

والحكم الذي ذكره المصنف نص عليه الشافعي، ولا خلاف فيه؛ لأن الواجب أن يقبضه لنفسه بالكيل أولًا؛ حتى يتعين له ثم يقبضه للمستحق بكيل آخر، أما الكيل الواحد فإن جعل له لم يحصل للثاني قبض، وإن جعل

---

(١) ابن ماجه (٢٢٢٨).

(٢) الدارقطني (٣/ ٨).

(٣) البيهقي (٥/ ٣١٥).

(٤) البيهقي (٥/ ٣١٦).

(٥) مسلم (١٥٢٥).

(٦) أخرجه النسائي (٤٦٠٤)، وأبو داود (٣٤٩٧)، والبيهقي (٥/ ٣١٤).

(٧) علَّقه البخاري بصيغة التمريض في «كتاب البيوع» (باب الكيل على البائع...). ووصله أحمد (١/ ٦٢)، وعبد بن حميد (٥٢)، والدارقطني (٣/ ٣٨٩)، والبيهقي (٥/ ٣١٥) بأسانيد ضعيفة؛ ويُحسَّن بمجموعها

للثاني لم يحصل للأول، ومن ضرورة عدم حصوله للأول فساد الثاني، ولا يمكن جعله لهما لما ذكر، ولأنه يلزم منه حصول الملك لمالكين في آنٍ واحد، وهو محال.

وعبارة الشافعي: «ولو أسلم في طعام وباع طعامًا آخرَ، وأحضر المشتري اكتياله من بائعه، وقال: اكتاله لك لم يجز؛ لأنه بيع الطعام قبل أن يقبض»(١).

واختلف الأصحاب في صورة المسألة، فالأصح: أن صورتها أن يسلم إلى رجل في طعام، ويكون عليه لآخر مثله، إما من سلم وإما من غيره، فلما حل الطعام قال لمن له عليه ذلك، ويكون قول الشافعي؛ لأنه بيع الطعام؛ أي: في معنى بيع الطعام؛ لأنه يصرف، وقيل صورتها: أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه، ويقول لمشتريه ذلك، ولا شك أن كلا الصورتين القبض فيهما فاسد؛ ولذلك والله أعلم أجمل المصنف الكلام، وأتى بعبارة تشملها.

ويصح أن يصور كلامه بكل من الصورتين، لكن الأظهر من كلامه: أن المسلم إليه قال للمسلم: لي عند رجل طعام إما من سلم كما ذكروه في تصوير كلام الشافعي، وإما من غيره كقرض وضمان متلف [١٢٤/ب] ⇑ وغير ذلك فهكذا ينبغي تصوير مسألة الكتاب، والحكم لا يختلف، **وقد ذكر الأصحاب خمس مسائل:**

إحداها: أن يقول: اذهب إلى من لي الطعام عنده فاكتل لنفسك.

الثانية: أن يقول: احضر اكتيالي منه حتى أكتاله لك، فحضر واكتاله فالقبض في المسألتين فاسد بلا إشكال، وكلام المصنف منطبق على الثانية، وإن كان أثناء كلامه منطبقًا على الأولى كما سيأتي، ولا يجري هنا الخلاف

---

(١) مختصر المزني (٨/ ١٧٩).

الذي سنذكره في المعين.

وقوله: «وهل يصح قبض المسلم إليه... إلى آخره» الوجهان في صحة قبض المسلم إليه لنفسه، ذكره الماوردي أن ابن أبي هريرة خرجهما.

وذكر الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب: أنهما مبنيان على القولين في الكتابة كما ذكر المصنف.

يعني إذا فرعنا على الجديد في منع نجوم الكتابة فأحد الوجهين: أنه يصح ويبرأ المقبوض منه.

والثاني: لا يصح، ولا يبرأ المقبوض منه.

هكذا صرح به الماوردي، والقاضي أبو الطيب، ومقتضى كلام القاضي حسين وطائفة: الجزم بفساد القبض مع التردد في براءة ذمة المقبض منه، وفي كلام المحاملي ما يفهم: الجزم بالفساد مع البراءة، لكن الفساد في كلامه محمول على قبول قول القابض كما تقدم عنه، وعن الشيخ أبي حامد في قبض المكيل جزافًا إذا قلنا: بصحة التصرف.

فإن قلت: الأصح في مسألة الكتابة أن العتق لا يحصل بقبض المشتري فما الأصح من الوجهين هاهنا؟

قلت: فيه تفصيل بحسب تصوير المسألة. فاعلم أن تعليل المصنف لكل من الوجهين هاهنا يدل على أن صورة المسألة، إذا أذن له في الاكتيال حتى يصح تنزيله منزلة الوكيل على الوجه الأول، ويصح أن يقال على الوجه الثاني أنه ما قبضه له، وإنما قبضه لنفسه.

وقد سبق أن أول كلامه يشعر بتصوير المسألة بما إذا اكتاله هو للباني، والحكم بفساد القبض للثاني لا يختلف، أما هنا فالذي يترجح من الوجهين أنه إن كان قد قبض بإذنه كما اقتضاه كلام المصنف؛ فلا يصح القبض

للمسلم إليه؛ لأنه لم يقبضه له، ولا يبرأ الدافع وهو الذي يقتضي كلام صاحب «البحر»[1] ترجيحه.

وإن كان المسلم إليه هو الذي اكتاله له فيترجح صحة قبضه لنفسه، ويلغو قصده؛ لأن المعتبر في الإقباض إذن الدافع وأخذ المستحق، وقد حصلا، فإن فرض أن الدافع لم يأذن، وإنما قصد تسليم الثاني لنفسه لم تبرأ ذمته، ولا يصح القبض للمسلم إليه في الصورتين.

فإن قلت: فكيف يتجه الخلاف، وكان ينبغي القطع بأنه لا يصح؟

قلت: [١/١٢٥] ⇑ أما إذا لم يقصد الدافع الدفع إلى المسلم إليه، فلا يتجه إلا القطع بالفساد، وعدم البراءة، وأما إذا قصد وهو الذي أراده الأصحاب فيتجه الخلاف في الصورتين، وإن كان الراجح ما ذكرناه، أما فيما إذا اكتال المأذون فلأنه في ضمن الإذن له بالقبض لنفسه إذنًا بمطلق القبض؛ فإذا فسد اكتياله لنفسه أمكن أن يقال: بصحته لموكله، وهذا يناظر على الفلس إذا اشترى لزيد وليس وكيلًا عنه حيث يقول: بصحته له.

وأما فيما إذا اكتال المسلم إليه؛ فلأنه لم يقصد الكيل لنفسه، بل صرفه عنه بقصد غيره؛ فكأنه يكيله له واسطة في الكيل فلا يعد قابضًا، هذا وجه من الكلام، والأصح: ما قدمته.

وقوله: «فإن قلنا: إن قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى» ظاهر، وقد يقال: كان ينبغي أن يرده إلى يد الدافع ثم يكتاله، ويؤيده ما تقدم في المقبوض جزافًا أنه يرد ما دام باقيًا.

وقوله: «وإن قلنا: إن قبضه يصح كاله للمسلم» لا إشكال فيه.

وقوله: «وإن قال له: احضر معي... إلى آخره» هي المسألة الثالثة،

---

(١) بحر المذهب (٥/ ١١٩).

ومعنى يأخذه؛ أي: جزافًا.

وقوله: «وإن اكتاله لنفسه، وسلم إلى المسلم في المكيال... إلى آخره» هي المسألة الرابعة.

والوجهان فيها حكاهما القاضي أبو الطيب، والأصح من الوجهين عند الشيخ أبي حامد والماوردي[١] والغزالي[٢]: الجواز، وقال الرافعي: «إنه الأظهر عند الأكثرين»[٣]، لكن ابن أبي عصرون صحح المنع، وكذلك البغوي[٤].

والخامسة: ذكرها القاضي أبو الطيب ولم يذكرها المصنف لوضوحها أن يكتال المسلم إليه ويفرغه، ثم يكيله كيلًا مستأنفًا؛ فيكون النقصان صحيحين، وهذا لا إشكال فيه.

واعلم أن ظاهر الحديث مشكل؛ لأنه يقتضي وجوب صاعين، وهذا بالنسبة إلى إقباض الثاني؛ كما هو في مسألة الكتاب صحيح؛ لكنه بالنسبة إلى البيع لو أراد الذي قبضه لنفسه بالكيل أن يبيعه صح قطعًا، ولم يوجد إلا صاع واحد، فأما أن يحمل الحديث على البيع التام بالقبض، أي لا يبيعه بيعًا تامًّا ينفصل علقة أحدهما من الآخر إلا بذلك، ويكون واردًا في حق من اشتراه بالكيل.

وإما أن يكون أطلق الصاعين على الكيل من أحدهما، والاكتيال من الآخر وإن كان صاعًا واحدًا ولو كان بدل ما في الذمة معينًا؛ كما إذا قال للمستحق اكتل لنفسك من صبرتي هذه، فأخذ جزافًا لم يصح، ولم يملك

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٢٣٢).

(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ١٥٥).

(٣) فتح العزيز (٨/ ٤٥٢).

(٤) التهذيب (٣/ ٤١٤).

قطعًا، وإن اكتال فكذلك على الأصح لاتحاد القابض والمقبض، والوجهان جاريان فيما إذا دفع إليه الطعام جزافًا، وقال [١٢٥/ب] اكتله فإنه قدر حقك ففعل، وكذلك كل مكيل وموزون استحق قبضه بالكيل أو الوزن.

واعلم أن اتحاد القابض والمقبض ممتنع على النص، جائز على قول ابن سريج؛ فالإذن تارة يكون في الاكتيال فقط؛ فيجوز على قول ابن سريج، ويجري الوجهان على المنصوص؛ فيعلل المنع بأن الكيل ركن القبض فامتنع الاتحاد فيه.

والجواز بأن المقصود: معرفة المقدار، وتارة يكون الإذن في القبض كما إذا وكله في صب الطعام بعد كيله في زاوية من داره، من غير إعادة لتلك البقعة، ثم نقله المشتري بعد ذلك.

وفرق الإمام بين هذه الصورة حيث جرى فيها الخلاف، والصورة التي قبلها التي في الكتاب، حيث قطعوا بالمنع بأن الملك هنا في عين، والملك هناك ليس في عين، وإنما يملك بالقبض، فإذا قبضها المسلم بنفسه ولم يجر ملك للمسلم إليه؛ كان باطلًا وجهًا واحدًا.

فرع حيث أخذ المسلم بذلك الكيل، وقلنا: لا يصح قبضه فادعى النقصان فإن كان قليلًا سمع، وإن كان كثيرًا لم يسمع على ما ذكره المصنف، فيما تقدم فيما إذا قبض بالكيل، ذكره هنا القاضي أبو الطيب وغيره.

فرع لو قال المسلم للمسلم إليه: «كل طعامي، أو زنه، أو اعزله عندك حتى آتيك فانقله، ففعل، لم يجز - أيضًا.

ولو سرق كان مِنْ ضمان المسلم إليه، نص عليه، وهذه - أيضًا - لا يأتي

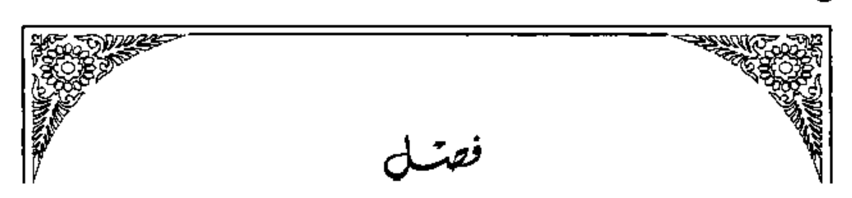
فيها خلاف، وهي كمسألة الكتاب، لكن تلك في أحد العاقدين»[١]، وهذه الآخر.



---

(١) الأم للشافعي (٣/ ١٣٥-١٣٦).

قال:



فصل

[توكيل المسلم إليه للمسلم]

وإن دفع المسلم إليه إلى المسلم دراهم، وقال: اشتر [لي][1] بها مثل مالك علي، واقبضه لنفسك ففعل؛ لم يصح قبضه لنفسه، وهل يصح للمسلم إليه على الوجهين المبنيين على القولين في دين المكاتب؟

قال: فإن قال: اشتره واقبضه لي، ثم اقبضه لنفسك، ففعل صح الشراء والقبض للمسلم إليه، ولا يصح قبضه لنفسه؛ لأنه لا يجوز أن يكون وكيلًا لغيره في قبض حق نفسه.

الشرح

المسألة نص عليها الشافعي وذكر الأصحاب لها ثلاث صور؛ **إحداها**: أن يقول: اشتر لي واقبضه لنفسك، فالشراء صحيح، والقبض لنفسه فاسد؛ لأنه لم يدخل في ضمان الإذن، فإقباضه في دين عليه قبل قبضه كبيع المبيع قبل قبضه؛ لأن القبض يملك كالبيع، وفي صحته للمسلم إليه الوجهان، وقد تقدم أن الأصح عدم الصحة، والسؤال عليه.

الثانية: أن يقول: اشتر لي واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، ⇑ [١٢٦/أ] فالشراء صحيح، والقبض للمسلم إليه صحيح بلا خلاف، وأما قبضه لنفسه فلا يصح

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل وأثبتناه من المهذب.

على الصحيح الذي ذكر المصنف والعراقيون، وحكى المراوزة فيه وجهين أصلهما، فيما إذا قال له: اكتل لنفسك من صبرتي هذه قدر حقك ففعل ففي صحته وجهان؛ **أصحهما**: المنع لاتحاد القابض والمقبض، والسر فيه أنه إذا كان قابضًا لنفسه يحتاط لها، والمقبض يجب عليه وفاء الحق من غير زيادة، فاختلف الغرضان. ولما كانت الطباع لا تنضبط امتنع الجمع بينهما.

والثاني: يصح لوجود القبض صورة ومعنًى، والوجهان جاريان في قبض عبده ومدبره وأم ولده؛ لأن يدهم كيده، وصورة المسألة أن يتحدد من المأذون بعد قبضه للمسلم إليه نقل وتحويل لنفسه، أما قبله فلا يكون مقبوضًا له اتفاقًا، وهو - حينئذٍ - أمانة في يده، وبعد النقل إن لم يصحح قبضه لنفسه، كان مضمونا عليه كالمقبوض جزافًا.

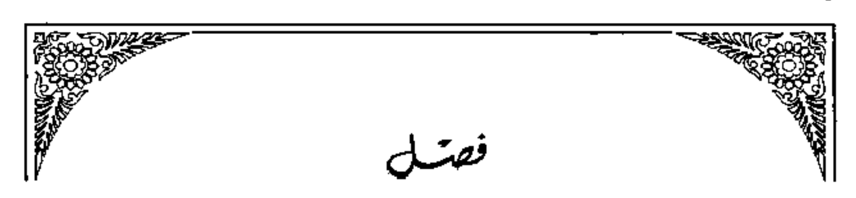
الصورة الثالثة: أن يقول: اشتر لنفسك، فلا يصح الشراءُ اتفاقًا؛ لأنه لا يصحُّ أن يشتري بمال غيره شيئا لنفسه فإن اشترى فإن كان يعين تلك الدراهم لم يصحَّ، وإن اشترى في الذمة ملك الطعام والدراهم مضمونة عليه، وهذا الذي ذكرناه كله هو المعروف من كلام الشافعي والأصحاب.

وقد رأيت في «الأم» في باب بيع العروض: «وإذا سلف رجل رجلًا في عرض فدفع المسلِّف إلى المسلَّف ثمنَ ذلك العرض على أن يشتريه لنفسه ويقبضه كَرِهْتُ ذلك له، وإذا اشتراه وقبضه يبرأ منه المسلف، وسواء كان ذلك ببينة أو بغير بينة إذا تصادقا»[1]، ولم أفهم معنى ذلك، وظاهره أنه مع كراهيته لذلك إذا اشترى وقبض لنفسه، يقع عن المسلم إليه، ولا أعرف أحدًا من الأصحاب يقول ذلك.



(١) الأم (٣/ ٣٨). بتصريف يسير.

قال:



فصل

[العيب في المسلم فيه]

إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبًا، فله أن يرده؛ لأن إطلاق العقد يقتضي سليمًا فلا يلزمه قبول المعيب، فإن رد، ثبتت المطالبة بالسليم؛ لأنه أخذ المعيب عما في الذمة، فإذا رده رجع إلى ماله في الذمة، فإن حدث عنده عيب رجع بالأرش؛ لأنه لا يمكنه رده ناقصًا عما أخذه، ولا يمكن إجباره على أخذه مع العيب؛ فوجب الأرش.



الشرح

رده بالعيب لا إشكال فيه، ومطالبته بالتسليم كذلك إذا كان القبض بعد التفرق، أما لو فرض قبض المسلم فيه قبل التفرق، فقد يقال: إنا إذا قلنا: المعين في المجلس كالمعين في العقد؛ يجب أن ينفسخ العقد برده، ولا يطالب بالسليم.

وقد يقال: إن ذلك ⇑ [١٢٦/ب] إنما هو في رأس المال، وشبهه بما يجب قبضه في المجلس.

أما المسلم فيه، فلا يجب قبضه في المجلس، فلم يكن لتعيينه فيه حكم التعيين في العقد، وهو الذي يظهر؛ ولذلك أطبق الأصحاب على المطالبة بالسليم، وأن المنفسخ بالرد وهو القبض لا العقد، فيرجع إلى ما كان له في

الذمة، ولو لم يرد ورضي به لزمه، ولكن هل يملكه بالرضا أو يكون له من حين القبض؟ فيه وجهان أو قولان.

فإن قلنا: إنه من حين الرضا لم يكن الرد على الفور.

وإن قلنا: من حين القبض، فاحتمالان؛ أوجههما عند الإمام[1]: أنه لا يكون على الفور؛ لأنه ليس معقودًا عليه، [وإنما يثبت][2] الفور فيما [يؤدي رفعه][3] إلى رفع العقد إبقاء للعقد، وقد ذكرنا ذلك في باب الربا ورجوعه بالأرش عند حدوث عيب، ذكره القاضي أبو الطيب، وحكى الروياني عن القفال: «أن الشافعي نَصَّ عليه، وخالف فيه المُزني وأبو حنيفة»[4]، وقد ذكرنا في فرع في باب الرد بالعيب أنه إذا تعذر الرد في كل مقبوض عمَّا في الذمة، **واطلع على عيب ففيه ثلاثة أوجه**:

أحدها: يرجع بالأرش من الثمن كما في المعين؛ وهو مقتضى كلام ابن الصباغ، وغيره في هذا المكان.

والثاني: من القيمة كالمغصوب، ولم يتعرض المصنف هنا لبيان الأرش فكلامه محتمل للوجهين لكنا نحمله على الأول.

والثالث: قاله الإمام[5]، أنه يغرم المقبوض ويرجع بالسليم، ونقله الروياني هنا «عن والده أنه يرده مع أرش العيب الحادث ويطالبه بالمسلم فيه

---

(١) نهاية المطلب (١٩/ ٣٩٥).

(٢) ما بين المعقوفتين أثبتناه من نهاية المطلب (١٩/ ٣٩٥). وهو في المخطوطة بياض بمقدار كلمتين تقديرًا.

(٣) ما بين المعقوفتين أثبتناه من نهاية المطلب (١٩/ ٣٩٥). وهو في المخطوطة بياض بمقدار كلمتين تقديرًا. وكتب إلى قبالتها في الهامش ما نصه: «تعذر لعسر قراءته».

(٤) بحر المذهب (٥/ ١٧٣). بتصريف يسير.

(٥) نهاية المطلب (٦/ ٢٧).

على الصفة المشروطة»[١].

قلت: وهذا مأخوذ من أن المقبوض عمَّا في الذمة إذا كان به عيب لَا يملك إلا من حين الرضا، والصحيح خلافه فتعين الرجوع إلى أرش العيب القديم كما قاله المصنف، لكن في تقديره ما سبق من الوجهين، والأصح أن يكون منسوبًا من الثمن كغيره من الأرش، ولو قلنا بأنه يأخذه منسوبًا من القيمة لا من الثمن لكان ذلك اعتياضًا عن بعض المسلم فيه.

وقد قال العمراني[٢] إن بعض أصحابنا المتأخرين قال: إن الرجوع بالأرش خطأ؛ لأنه أخذ عوض عن الجبر الغائب وبيع المسلم فيه قبل القبض لا يجوز، قال العمراني: والمذهب ما قاله الشيخ أبو إسحاق، وما قاله المخالف له هو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، ولعله اختاره وليس بصحيح؛ لأن بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح.

وقد جاز أخذ الأرش عن الجزء والفائت عند حدوث العيب، ولأن ذلك ليس ببيع [١/١٢٧] وإنما هو فسخ للسلم في الجزء الفائت، بدليل أن المسلم يرجع بقسط ذلك الجزء من رأس المال المسلم.

قلت: وهذا الجواب منقول عن ابن سريج فعلى هذا لو كان العيب ينقص عشر قيمة المسلم فيه رجع بعشر رأس المال، وبه جزم القاضي حسين، وإن كان المزني حيث امتنع من إيجاب الأرش عن القديم يحيط حق المسلم صارت الأوجه في هذه المسألة أربعة.

ولو قبض المسلم بعض المسلم فيه وأتلفه، ثم قبض الباقي فوجده معيبًا فادعى أن التالف كان به هذا العيب؛ فالقول قول المسلم إليه مع يمينه.

---

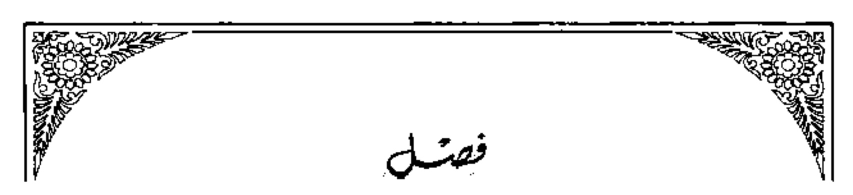
(١) بحر المذهب (٥/ ١٧٣).

(٢) البيان (٥/ ٤٤٩).

قال الفوراني: إلا أن يكون سبالًا ببعض ذلك العيب فيه، فإن حلف يخلص، وإن نكل حلف المسلم، ورجع، وإن ظهر العيب برأس المال فقد تقدم عند قبضه.



قال:



فصل

[انقطاع المسلم فيه]

وإن أسلم في ثمرة، فانقطعت في محلها، أو غاب المسلم إليه؛ فلم يظهر حتى نفدت الثمرة، ففيه قولان؛ أحدهما: أن العقد ينفسخ؛ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت [فانفسخ](١) العقد، كما لو اشترى قفيزًا من صُبرة، فهلكت الصُّبرة.

والثاني: لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر إلى أن توجد ثمرة، فيأخذ؛ لأن المعقود عليه ما في الذمة لا ثمرة هذا العام.

والدليل عليه: أنه لو أسلم إليه في ثمرة عامين؛ [فقدم](٢) في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز، وما في الذمة لم يتلف، وإنما تأخر؛ فثبت له الخيار، كما لو اشترى عبدًا، فأبق.



إذا كانت الثمرة مما يعم وجودها بالشروط المتقدمة في الباب الأول، فانقطعت في محلها على خلاف العادة بجائحة ونحوها، أو غاب كما ذكر المصنف، فالقولان مأخوذان من كلام الشافعي في «المختصر»(٣)

---

(١) في المخطوطة: «ما يفسخ»، والمثبت هو الصواب كما في المطبوع من المهذب.
(٢) في المخطوطة: «فقد»، والمثبت هو الصواب كما في المطبوع من المهذب.
(٣) مختصر المزني (٨/ ١٩٣).

و«الأم»[١].

وقد رأيت نصه على الثاني وحده في «الأم» صريحًا في آخر باب بيع الآجال، أنه يثبت الخيار، وهو الأظهر، وبه قال أبو حنيفة لما ذكره المصنف، وشبهوه بما إذا أفلس المشتري بالثمن في غير هذه الصورة لا ينفسخ العقد، ولكن للبائع الخيار، وقياس المصنف على العبد الآبق تفريع على الطريقة المشهورة، وإلَّا ففيه وجه أنه ينفسخ بالإباق قبل القبض لم يفرع الشيخ عليه.

وقول المصنف: «أو غاب»: محمول على ما إذا غاب، وتعذر الوصول إلى الوفاء، فإنه إذا غاب وله مال أوفى منه، ولو أعسر، فلم يقدر على التسليم حتى فات الوقت جرى القولان، ولو سوف المسلم إليه ودافع حتى انقطع؛ فالمشهور [ب/١٢٧] جريان القولين، وعن بعض الأصحاب أنه لا ينفسخ بحال؛ لوجود المسلم فيه، وحصول القدرة، وقياس هذا أن يأتي مثله فيما إذا غاب أو أعسر، وغيبة المسلم، كغيبة المسلم إليه؛ قاله في «التتمة».

ونص الشافعي في «الأم»[٢] والأصحاب على أنه لا فرق في ثبوت الخيار بين أن يحصل ذلك بتوانٍ أو ترك من المشتري أو البائع، أو هرب من البائع، ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة، والمسلم فيه منقطع جرى القولان؛ ذكره البندنيجي، والمتولي، ولو لم تنقطع الثمرة، ولكن عَزَّت وغلت؛ فالعقد صحيح قوْلًا واحدًا، ويؤخذ بتحصيلها مع عزتها.

ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل والباقي مقبوض أو غير مقبوض، وقلنا: لو انقطع الكل انفسخ العقد انفسخ في المنقطع، وفي

---

(١) الأم (٣/ ٥٧).

(٢) المصدر السابق (٣/ ٣٩).

الباقي الخلاف فيما إذا اشترى عبدين، فتلف أحدهما قبل قبضهما، فإن قلنا: لا ينفسخ، فله الفسخ، فإن أجاز، فعليه حصته من رأس المال لا غير.

وقيل: قولان أحدهما هذا.

والثاني: يجبر بجميع الثمن.

وإن قلنا: إذا انقطع الكل لم ينفسخ العقد، فالمسلم بالخيار، إن شاء فسخ العقد في الكل، وإن شاء أجازه في الكل.

وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟ فيه قولان بناء على الخلاف في تفريق الصفقة بالاختيار.

ولو عرضت آفة قبل المحل علم بها انقطاع الجنس عند المحل، فهل يتنجز حكم الانقطاع حتى يجري فيه القولان الآن؛ إقامة للمتوقع مقام الواقع، أو يتأخر إلى المحل؟ فيه قولان مخرجان مما إذا حلف ليأكلن هذا الطعام غدًا فتلف قبل الغد، هل يحنث في الحال أو يتأخر إلى الغد. والأصح على ما قاله الرافعي[1] والأرغياني أنه يتأخر إلى المحل، ولا يتنجز حكم الانقطاع.

وكل ما ذكرناه من الانقطاع، فالمراد به ألا يوجد المسلم فيه أصلًا، كما لو كان ذلك الشيء ينشأ من تلك البلدة، وقد أصابته جائحة مستأصلة، وكذا لو كان يوجد في غير تلك البلدة، ولكن لو نقل إليها فسد أو كان لا يوجد إلَّا عند قوم محصورين وامتنعوا من بيعه، فلو كانوا يبيعونه بثمن غالٍ وجب تحصيله، ولم يكن ذلك انقطاعًا، وإن أمكن نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها، فإن كان في حد البعد لم يجب نقله قطعًا، ويجري فيه القولان، وإن كان في حد القرب وجب.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٤٨-٢٤٩).

واختلفوا في حد القرب؛ فالأصح ضبطه بما دون مسافة القصر.

[١٢٨/أ]
وقيل: بمسافة لو خرج المبكر إليها أمكنه الرجوع إلى أهله ليلًا، وهي ⇑ مسافة العدوى.

وقال الإمام: «المعتبر أن تجري العادة بنقله إليها لغرض المعاملة، وإن كان في حد البعد، ويمكن نقله على عسر؛ فالمشهور جريان القولين، وقال الإمام بأنه لا ينفسخ، ويكون كإباق العبد»[١]، وهو الذي قاله في «البسيط».

فرع لو كان بالمسلم فيه ضامن فمات، فإن كان المسلم فيه موجودًا، فللمسلم المطالبة في تركته، ولا يرجع ورثته على المضمون إلَّا بعد الأجل إن كان ضمن بالإذن، وإن كان المسلم فيه معدومًا، فلا مطالبة له في تركته، وإن فسخ سقط الضمان، قاله الروياني[٢].

التفريع:

إن قلنا بالانفساخ، فقد برئت ذمة المسلِم إليه من المسلَم فيه، وحكم رأس المال، سيأتي في كلام المصنف.

وإن قلنا بالأصح، وهو ثبوت الخيار، ففي هذا الخيار ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه على الفور.

والثاني: إلى ثلاثة أيام، كخيار تلقي الركبان، وعلى هذين الوجهين إذا أخر لم يكن له الفسخ بعد ذلك، فإن جاء العام المقبل والمسلم فيه معدوم أيضًا، فله الخيار أيضًا. ثم هكذا في كل عام.

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٤-١٥). بتصرف.

(٢) بحر المذهب (٥/ ١١٠).

والثالث: وهو الصحيح، أن هذا الخيار على التراخي لا يبطل بالتأخير ولا بالتصريح بالإنظار من غير تصريح بإبطال خيار الفسخ، لكن لو صرح بإسقاطه هل يبطل؟ فيه وجهان.

وفي إباق العبد قبل القبض أحدهما: يبطل؛ لأن مستحق الحق أبطله، وأصحهما: لا، حتى لو أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ كزوجة المُولي إذا رضيت بالمقام ثم ندمت، ووجهه الشيخ أبو محمد بأن الحق يتحدد حالًا فحالًا ورضاه ينحصر على وقته، فهو في الإسقاط يشبه العارية في التسليط على الانتفاع.

ووجهه الإمام[1] بأن هذه الإجازة إنظار، والإنظار تأجيل، والأجل لا يلحق بالعقد بعد لزومه. قال الرافعي: «وقد يتوقف الناظر في كونها إنظارًا ويميل إلى أنها إسقاط حق ورضا بما عرض كإجازة زوجة العنين.

ولو قال المسلم إليه: لا تصبر، وخذ رأس مالك؛ فللمسلم ألَّا يجيبه، وفيه وجه»[2]، وحكى الروياني الوجهين فيما إذا قال المسلم إليه: إن المسلم فيه منه فله، ولا آمن أن يكون منقطعًا عند المحل، وأن له على أحد الوجهين؛ اختار المسلِم على الاستيفاء، وهو بعيد.

فرع من «البحر»:

باع عينًا بثمن من نقد منقطع لم يصح، أو موجود في البلد صح حالًّا ومؤجلًا، وإن كان تحصيله بكُلفة وإن كان عزيز الوجود، وليس عند المشتري والثمن حالٌّ لم يصح، وإن كان في بلد أخرى فإن كان حالًّا أو

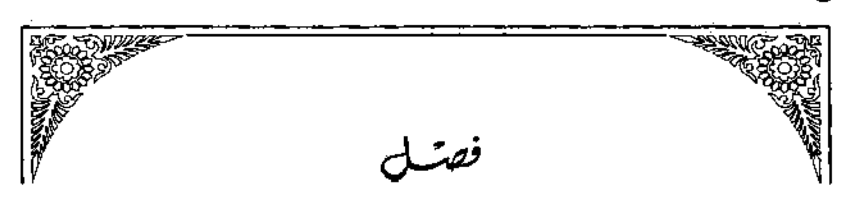
(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٢).
(٢) فتح العزيز (٩/ ٢٤٧).

مؤَجَّلًا بأجل لا يتمكن من إحضاره فيه لم يصح، وإلا صح، ثم إن تعذر، فإن لم يُجَوِّز الاستبدال[1] [٢/١٢٩] ⇑ عن الثمن، فحكمه كالمسلم فيه إذا انقطع، وإن جوزنا الاستبدال لم يفسخ العقد، وقال بعض أصحابنا: للبائع الفسخ؛ كالتعذر بالفلس[2].



(١) الوجه الثاني من هذا اللوح بياض، وكتب أعلاه باللون الأحمر ما نصه: «البياض صحيح».
(٢) بحر المذهب (٥/ ١٦٥). بتصرف.

قال:



فصل

[فسخ السلم بالإقالة]

يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة؛ لأن الحق لهما، فجاز لهما الرضا بإسقاطه.

الشرح

للفصل مقدمتان، إحداهما: الإقالة مندوب إليها عند ندم المتعاقدين أو أحدهما. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ أَقَالَ مُسْلِمًا؛ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ**». رواه أبو داود(١) وابن ماجه(٢) بسند رجاله على شرط «الصحيحين».

الثانية: الإقالة أن يقول المتعاقدان: تقايلنا أو يقول أحدهما: أقلت، ويقول الآخر: أقلت(٣) أو قبلت، ولا يشترط ذكر ما تقايلا فيه إذا كان معلومًا، وهل هي فسخ أو بيع؟ **فيه طريقان إحداهما**، وبه قطع العراقيون: القطع بأنها فسخ(٤).

والثانية: وبها قال القاضي حسين وأتباعه، وبعض العراقيين: أنَّ فيها

---

(١) (٣٤٦٢).

(٢) (٢١٩٩). وأخرجه: ابن حبان (٥٠٣٠)، والحاكم (٢٢٩١)، والبيهقي (٦/ ٢٧).

(٣) وهو أظهر القولين، وهو الجديد. وانظر: الأم (٣/ ٧٨)، البيان (٥/ ٤٥١)، فتح العزيز (٨/ ٣٨٤)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٣)، مغني المحتاج (٢/ ٦٥).

(٤) رسمت هكذا في المخطوطة: «أيقلت».

قولين الجديد: أنها فسخ، والقديم: أنها بيع[١]، وهو مذهب مالك[٢]، وحكى الشيخ أبو حامد[٣] هذا وجهًا لبعض أصحابنا.

ولو صدرت بلفظ الفسخ، فهل يجري هذا الخلاف؛ نظرًا إلى المعنى، أو يقطع بأنها فسخ نظرًا إلى اللفظ؟ فيه طريقان؛ أصحهما عند المبين للخلاف الأول، وهما عائدان إلى أن البيع هل يقبل الفسخ بالتراضي؟

فعلى الأول: لا.

وعلى الثاني: نعم[٤].

إذا عرف ذلك فمن قال بأن الإقالة فسخ جوَّزها في السلم، وفي المبيع قبل القبض إذا لم يجوّز بيع المبيع قبل القبض من بائعه.

وطائفة قالوا: إنها جائزة - أيضًا، ويكون فسخًا، وإن الخلاف في كونها فسخًا أو بيعًا لا يجري في هاتين الحالتين [لامتناع][٥] البيع فيهما؛ وهذا هو المشهور[٦]، حتى إن مالكًا[٧] وافقنا على جوازها في السلم؛ ولذلك يستدل الأصحاب به على ضعف القول بأنها بيع؛ إذ لو كانت بيعًا لما دخلت في السَّلم، ولا خلاف عندنا أنها لا تجوز على زيادة في الثمن، ولا نقص منه، ولا على خلاف النوع أو الوصف خلافًا لأبي حنيفة[٨].

---

(١) انظر مراجع الشافعية السابقة.

(٢) المشهور في مذهبه: أن الإقالة بيع من البيوع إلَّا في الطعام والشفعة والمرابحة. وانظر: المدونة (٤/ ٢٢٣)، التمهيد (١٦/ ٣٤٢)، الاستذكار (٦/ ٤٩٩)، مواهب الجليل (٦/ ٤٢٦)، التاج والإكليل (٤/ ٤٨٥)، بداية المجتهد (٢/ ٢٠٦).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٠).

(٤) انظر مراجع الشافعية السابقة.

(٥) في المخطوطة: «لامتنا»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٦) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ١٤٠)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٥).

(٧) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٧٣٢)، التمهيد (١٦/ ٣٤١).

(٨) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ١٢٠)، الهداية شرح البداية (٣/ ٥٤)، تبيين الحقائق (٤/ ٧٠)=

وكلام المصنف وتعليله ناطق بأن السلم وكذا غيره من البيوع يقبل الفسخ بالتراضي؛ لأن الحق لهما، وإهمال ما سوى ذلك؛ ولذلك أدخلها المصنف تبعًا للشافعي في هذا الباب.

وفي الإقالة في بعض المعقود عليه إذا كان الباقي موجودًا ثلاثة أوجه:

الصحيح: المنصوص[1] صحة الإقالة فيما وردت عليه دون ما بقي.

والثاني: منعها في الجميع؛ حذرًا من تفريق الصفقة.

والثالث: صحتها في الجميع.

كما لو ورد إحدى العينين بالعيب يتعدى الرد إلى الآخر على وجه، هذا على قولنا: الإقالة فسخ، فإن قلنا: إنها بيع وكان ذلك مما يتقسط عليه الثمن بالقيمة، لم يصحَّ لجهالة الثمن، وإن كان مما يتقسط عليه بالأجزاء ⇑ [١٢٩/ب] صحَّ، هذا في غير السلم، وكذلك الحكم في المسلم فيه عندنا.

قال الشافعي: «ولو أقاله بعض السلم وقبض بعضًا، فجائز»[2]، وبه قال ابن عباس، وعطاء، وطاوس، وعمرو بن دينار، والحكم بن [عتيبة][3]، وأبو حنيفة[4]، والثوري.

وقال مالك[5]، وربيعة، والليث بن سعد، وابن أبي ليلى: لا يجوز.

وعن ابن عمر، والحسن، وابن سيرين، والنخعي، وأحمد[6]،

= البحر الرائق (٦/ ١١٠).

(١) انظر: نهاية المطلب (٦/ ٥٣).

(٢) مختصر المزني (٨/ ١٩٠). وانظر: الأم (٣/ ١٣٤)، الحاوي (٥/ ٤٠٥)، البيان (٥/ ٤٥٢)، روضة الطالبين (٣/ ٤٩٤)، مغني المحتاج (٢/ ٦٥).

(٣) في المخطوطة: «عيينة»، والصواب ما أثبتناه.

(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ٢٢٨)، بدائع الصنائع (٥/ ٢١٤)، المحيط البرهاني (٧/ ٢٥٠).

(٥) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٧٣٤)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٣/ ٢٢٢).

(٦) انظر: الإنصاف (٥/ ٨٨)، الفروع مع التصحيح (٦/ ٣٣٠)، المبدع (٤/ ٨٨).

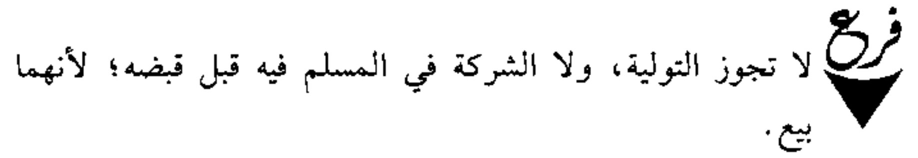
وإسحاق: كراهته.

واحتجوا: بأنه يصير بيعًا وسلفًا؛ لأن البعض المردود في معنى القرض، والباقي بيع، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وسلف، قال أصحابنا: إنما ذلك إذا كان شرطًا في البيع.

ولو دفع المسلم إليه البعض على أن يقبله في الباقي، لم يجز، نص عليه.

ولو كان بعض المعقود عليه مفقودًا، ففي الإقالة في الباقي وجهان كرد أحد العبدين بالعيب بعد أن تلف الآخر، ولو كان الكل تالفًا، جازت الإقالة - أيضًا - على الصحيح، وسيأتي في المصنف ما يقتضي ذلك ونوضحه هناك قريبًا.

فرع لو صالح المسلم المسلم إليه، لم يجز، قال أبو العباس: إلا أن يصالحه على رأس المال بعينه فيكون فسخًا للعقد، ويصح وإن ضمن المسلم فيه ضامن فصالحه، لم يجز؛ لأنه بيع المسلم فيه قبل قبضه.



فرع لا تجوز التولية، ولا الشركة في المسلم فيه قبل قبضه؛ لأنهما بيع.



فرع لو جعل المسلم فيه صداقًا لبنت المسلم إليه، لم يجز، وكذلك إن كان المسلم إليه امرأة، فتزوجها عليه أو خالعها؛ قاله الروياني[1].

(١) بحر المذهب (٥/ ١٨٢).

فرع إذا جعلنا الإقالة بيعًا، لم يجز التصرف بعدها قبل القبض، ويشترط التقابض فيها قبل التفرق إذا كانت عن صرف، وتتجدد الشفعة بسببها، ويثبت الخياران فيها، ويخبر بالثمن الأول في المرابحة إذا كان ورِثَه أو اتَّهَبه ثم باعه، ثم تقايلا، وإن جعلناها فسخًا انعكست هذه الأحكام.

فرع تلف المعقود عليه بعد الإقالة في يد المشتري، إن قلنا: هي بيع فكتلف المبيع بتفاصيله، وإن قلنا: فسخ ضمنه للبائع بالقيمة أو بالمثل، وإن استعمله، فعلى قول الفسخ؛ يلزمه القيمة، وعلى قول البيع؛ لجنايته.

وإن تعيَّب، فعلى قول الفسخ؛ يجب الأرش، وعلى قول البيع كتعيب المبيع قبل القبض، ولو حصل منه زوائد وتلف في يد المشتري.

فإن قلنا: فسخ، فالزوائد للبائع مع قيمة الأصل.

وإن قلنا: بيع، انفسخت الإقالة، وفي الزوائد وجهان[1].

ولو أقال في مرض الموت حسبت من الثلث على القولين؛ قاله القاضي حسين، قال: «فلا يصح مع الوارث»؛ لأن في مرض الموت لو رد المبيع بالعيب وقيمته أضعاف ثمنه تحسب من ثلثه [١/٦٣٠] كابتداء البيع بالمحاباة.

قال: وعلى القولين للمشتري حبس المبيع حتى يسترد الثمن؛ لأنا إن قلنا: بيع فللبائع الحبس، وإن قلنا: فسخ فكالرد بالعيب، وله الحبس.



(١) انظر: فتح العزيز (٤/ ٢٧٨).

قال:

فإذا فسخا، أو انفسخ بانقطاع الثمرة في أحد القولين، أو بالفسخ في القول الآخر، رجع المسلم إلى رأس المال، فإن كان باقيًا وجب رده، وإن كان تالفًا، ثبت بدله في ذمة المسلم إليه.



هذا ظاهر، ولكن هل ذلك من حينه أو من أصله؟ الصحيح المشهور: الأول، وهذا الخلاف في غير المسلم تظهر فائدته في الزوائد قبل القبض كما صرحوا به، أو بعده إن يثبت القول به، كما تقدم في اختلاف المتبايعين.

وأما السلم، فإن ثبت جريان الخلاف في الزوائد بعد القبض، فيأتي فيه - أيضًا - بأن يسلم إليه جارية في شيء، ويقبضها فتزيد في يده، ثم يتقايلان، وإن لم يثبت ذلك، فلا جريان له في السلم؛ لأن المسلم فيه في الذمة، ورأس المال ما لم يقبض لا يلزم السلم، والمجلس باقٍ، فلا تجري الإقالة، ولو كان المسلم قد أخذ بالسلم رهنًا، لم يكن له حبس الرهن على الثمن[١]، خلافًا لأبي حنيفة[٢].

وقوله: «وإن كان باقيًا» وجب رده هذا إذا كان معينًا في أصل العقد، وإن كان معينًا في المجلس، فكذلك على الأصح.

وقيل للمسلم إليه الإتيان ببدله، وقوله: وإن كان تالفًا ثبت بدله؛ أي: المثل إن كان مثليًا أو القيمة إن كان متقوَّمًا، وبذلك صرح المحاملي، والشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وغيرهم، ويأتي فيه الوجه المتقدم في

(١) انظر: الحاوي (٥/ ٣٩٠)، نهاية المطلب (٦/ ٧)، البيان (٦/ ٢٥).

(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ٣٠٥)، بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٤)، البحر الرائق (٦/ ١٧٧).

باب التحالف عن الماوردي أنه تجب القيمة مطلقًا.

ويؤخذ من هذا أن الإقالة جائزة بعد تلف المعقود عليه، وهو نص الشافعي، والقائلون: بأنها بيع، يمنعون جوازها بعد التلف، وأما القائلون: بأنها فسخ على الجديد، فاختلفوا على وجهين؛ **أصحهما**: الجواز قياسًا على التحالف، وهو المنصوص في «الأم»[1] في باب السنة في الخيار.

والثاني: المنع كالرد بالعيب، ولا فرق بين أن يكون التالف المبيع أو الثمن المعين.

فرع لو اختلفا في قدر رأس المال أو في قيمته، فالقول قول المسلم إليه؛ لأنه غارم، ولا يتخيل جريان التحالف هنا عند الاختلاف في قدر رأس المال؛ لأن العقد قد انفسخ.



(١) الأم (٣/ ٧٧).

قال:

فإن أراد أن يُسْلمه في شيء آخر، لم يجز؛ لأنه بيع دين بدين.



أي أراد المسلم أن يسلم رأس المال الذي رجع إليه، وهو في ذمة المسلم إليه، لم يقبض فذلك باطل، نص عليه الشافعي، وبيع الدين بالدين ورد في النهي عنه حديث [١٣٠/ب] ضعيف تقدم ذكره في باب الربا، لكنه معتضد بغيره.

وله صور: منها: ما هو مجمع على منعه.

ومنها: ما هو مختلف فيه عندنا.

ومنها: ما هو مختلف فيه بين الأئمة، وهو ممنوع عند الشافعي؛ كمسألة مطارح الدَّينين، وقد تقدم ذلك في باب الرِّبا، ومسألة الكتاب مما هو مجمع عليه على تفصيل سنذكره.

فإن أسلم مؤجَّلًا، لم يجز، وكان باطلًا قطعًا، وكذا إن أسلم حالًّا ولم يقبض المسلم فيه في المجلس لا يجوز قطعًا، وإن أسلم حالًّا وأحضر المسلم فيه وسلمه في المجلس، ففيه وجهان؛ أصحهما: أنه لا يجوز، وقد تقدم ذلك عند الكلام في قبض رأس المال؛ فإطلاق المصنف مستمرّ على الأصح.

وهذا إذا جرى بلفظ السلم.

أما إذا جرى بلفظ البيع، ففيه شيء سنذكره، وهو أن الأصحاب أطلقوا جواز الاستبدال عن الدين المستقر، وأنه يجوز أن يأخذ عنه دينًا على الأصح إذا عينه في المجلس وقبضه.

وما منعاه من السلم عند الذي في ذمته الدَّين، هو نوع من الاستبدال إلَّا أن الدَّين فيه لمن في الاستبدال مبيع؛ فيجب أن يقال: الدين المستقر، أما أن يؤخذ عنه ثمن هو في ذمته عين أو موصوف الأول سيأتي في كلام المصنف.

والثاني: إما أن يجعل الموصوف ثمنًا، والدَّين الثابت مبيعًا، وهو الاستبدال، وحكمه إن كان مؤجلًا امتنع بلا خلاف، وإن كان حالًّا وعين وقبض في المحل صح على الأصح.

وإن لم يعين لم يصحَّ قطعًا، وإن عُيِّن ولم يقبض، فعلى ما سيأتي في كلام المصنف من الوجهين، وإما أن يجعل الموصوف مبيعًا، والدَّين ثمنًا، فإن كان بلفظ السلم، فهي مسألة الكتاب، وإن كان بلفظ البيع؛ كقوله: اشتريت منك ثوبًا صفته كذا بالدين الذي لي عليك، فإن جعلناه سلمًا اعتبارًا بمعناه فكالسلم، وإن جعلناه بيعًا اعتبارًا بلفظه، فكالاستبدال.

هذا إذا صدر ذلك مع مَنْ عليه الدين، فإن صدر من غيره فكبيع الدَّيْن من غير من عليه، وهو ممتنع على الأصح عند الرافعي[1] وغيره.

والمصنف رجح جوازه في أول البيوع؛ فعلى ذلك يجوز أن يسلمه إليه إذا قبضه المسلم إليه في المجلس، وأن يبيعه منه إذا قبضه مقابلة في المجلس، كل ذلك قلته؛ تفقهًا لا نقلًا.



(١) فتح العزيز (٩/ ٢٥٤).

قال:

وإن أراد أن يشتري به عينًا نظرت؛ فإن كان يجمعهما علة واحدة في الربا؛ كالدراهم، والدنانير، والحنطة، بالشعير، لم يجز أن يتفرقا [١٣١/أ] قبل القبض، كما لو أراد أن يبيع أحدهما بالآخر عينًا بعين؛ وإن لم تجمعهما علة واحدة في الربا كالدراهم بالحنطة، والثوب بالثوب، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز أن يتفرقا من غير قبض، كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينًا بعين أن يتفرقا من غير قبض.

والثاني: لا يجوز؛ لأن المبيع في الذمة، فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه، [وبالله التوفيق][(١)].



أي: أراد المسلم أن يشتري برأس المال الذي في ذمة المسلم إليه عينًا معينة في العقد، فالمشهور الجواز، وبعضهم يذكر أنه لا خلاف فيه، لكن في تجريد المحاملي عن «الإملاء» منعه، وما ذكره المصنف في شراء العين التي يجمعهما علة واحدة في الربا من اشتراط القبض قبل التفرق لا خلاف فيه.

وما ذكره فيما لا يجمعهما علة الربا، وذكر في أمثلته الثوب بالثوب يعترضه سؤال، وهو أن كلامه في رأس المال الذي تلف في المسلم إليه وثبت بدله في ذمته، والثوب إذا تلف إنما تجب قيمته، فكيف يتصور أن يكون الثوب في الذمة بهذا الطريق؟

قال إسماعيل الحضرمي في جوابه: يمكن أن يقال فيه: إن الثوب يثبت في الذمة ثمنًا وجوزنا بيع الثمن على الصحيح، وتكون هذه غير مسألة فسخ

(١) في المطبوع من المهذب: «والله أعلم».

السلم؛ إلَّا أنها من جنسها في وجوب القبض في المجلس، فلذلك ضمها إليها.

إذا عرف ذلك، فالوجهان في هذا القسم في وجوب القبض قبل التفرق، والأصح عند الإمام(١)، والشاشي، والبغوي(٢)، والرافعي(٣)، وهو اختيار ابن سريج: أنه لا يجب، والذي جزم به المصنف في «التنبيه»(٤) في باب الصلح الوجوب، وعليه يدل نص الشافعي في «الأم» في باب السنة في الخيار، وهو اختيار الشيخ أبي حامد وأتباعه.

أما التعيين، فلا خلاف في وجوبه، وقد علمت أن صورة مسألتنا هنا أن يرد العقد على معين، وهذا الذي قلناه كله إذا صدر ذلك مع الذي في ذمته الدين، فإن صدر مع غيره، فالذي يظهر أن حكمه حكم بيع الدين مَن غير من عليه، والأصح عند المصنف الجواز فلعل إطلاقه الكلام لذلك، والأصح عند غيره المنع.

وقال أبو حنيفة(٥): إنه لا يجوز أن يأخذ عن رأس المال عوضًا إلَّا أن يكون السلم فاسدًا، وكأنه قاس رأس المال على المسلم فيه، والقياس غير متضح، وقد ذكر الأصحاب في آخر [٧/١٣١ب] باب السلم، فروعًا لما كان به تمام أنواع البيع.

ومنها مسائل فرَّعها ابن سريج في جزء سمَّاه «الزيادات على كتاب السلم».

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٢٢).
(٢) التهذيب (٣/ ٣٥٩).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٢٥).
(٤) التنبيه (ص: ١٠٤).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٤)، البحر الرائق (٦/ ١٨١).

ومنها: ما تقدم في كلام المصنف وكلامنا.

ومنها: ما يذكره هنا على سبيل الانتقاء.

فرع ضمن ضامن المسلم فيه، فأعطاه المسلم إليه قدر ما ضمن عنه، فإن سلمه إليه ليسلمه إلى المسلم، فهو وكيل، فإذا سلمه إليه بَرِئَا جميعًا؛ وإن تلف في يده قبل إيصاله، فلا ضمان عليه، وإن قال له: خذه عوضًا عما ضمنت عني، لم يصحَّ، فإذا أخذه فهو مضمون عليه، وهذا من مسائل ابن سريج، وبقيتها تقدمت.

فرع إذا اشترى عبدًا، قال له: أنا عبد، فاشترني، ثم ظهر العبد حرًّا كانت العهدة على البائع لا غير، ولا يطالب العبد بشيء عندنا.

وقال أبو حنيفة: «إن كان البائع غائبًا غيبة منقطعة، كان للمشتري أن يرجع على العبد، وللعبد أن يرجع على البائع»، قال ابن سريج: «لم يحصل من البائع إلا الغرور، فإما[1] أن يضمن في الصورتين أو لا يضمن في الصورتين فالتضمين في الغيبة المنقطعة دون غيرها لا معنى له.

فرع عن القاضي أبي[2] الطيب أسلم إليه مائة درهم في كراء طعام، عليَّ منها خمسون حالة تعجلها، وخمسون إلى أجل، يصح فيما عجله، وهل يصح في المتأخر؟! قولان بناء على تفريق الصفقة.

قلت: وهذه المسألة تقع كثيرًا لاسيما الحجاج[3] فينبغي التيقظ لها.

---

(١) في المخطوطة: «فا» ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) في المخطوطة: «أبو» والصواب ما أثبتناه.

(٣) كذا في المخطوطة.

باب القرض[1]

القرض: يطلق مصدرًا واسمًا، فأما مصدرًا؛ فهو القطع، يقال: قرض يقرض قرضًا إذا قطع[2].

ومنه قوله تعالى: ﴿تَّقْرِضُهُمْ ذَاتَ ٱلشِّمَالِ﴾ أي: تقطعهم فتجاوزهم وتتركهم عن شمالها، ومنه القريض وهي القصيدة من الشعر؛ لأن الشاعر قطع بعض الشعر وأمضى من قصيدته شيئًا، وإنما يطلقون القريض: على ما ليس برجز.

وأما اسمًا، فهو كل ما يلتمس عليه الجزاء، يقال: أقرض فلانٌ فلانًا، إذا أعطاه ما يتجازاه منه، والاسم منه القرض.

قال الواحدي: «هذا إجماع من أهل اللغة»[3].

وقال ابن كيسان: «القرض أن تعطي شيئًا ليرجع إليك مثله، أو ليقضى شبهه». والمشهور القرض بفتح القاف، وفيه لغة بكسرها، وفي «المجمل» لابن فارس أن القرض المجازاة[4].

---

(١) كتب إلى جواره بالهامش ما نصه: «مثال خط المصنف: فرغت من تصنيفه - والحمد لله تعالى - في يوم الاثنين بعد الظهر، سلخ شهر رجب الفرد، عام أربع وعشرين وسبعمائة، أحسن الله عقباها بمنه وكرمه، والحمد لله حمدًا كثيرًا طيبًا ومباركًا فيه، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم، حسبنا الله ونعم الوكيل، وكان بدؤه باب في السلم في الثلاثاء ثالث الشهر المذكور، فكمل البابان في سبعة وعشرون يومًا».

(٢) الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص: ١٦٤)، تهذيب اللغة (٨/ ٢٦٦).

(٣) التفسير البسيط (٤/ ٣١١).

(٤) مجمل اللغة (ص: ٧٤٨).

قال:

القرض قربة مندوب إليها؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ [١/١٣٢] الدُّنْيَا، كَشَفَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ».

وعن أبي الدرداء رضي الله عنه؛ قال: «لَأَنْ أُقْرِضَ دِينَارَيْنِ ثُمَّ يُرَدَّانِ ثُمَّ أُقْرِضُهُمَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِمَا».

وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم أنهما قالا: «قَرْضُ مَرَّتَيْنِ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ مَرَّةٍ».

الشرح

حديث أبي هريرة رواه مسلم[١]، وأثر أبي الدرداء رواه البيهقي[٢]، وفي تمامه: «لِأَنِّي أُقْرِضُهُمَا فَيَرْجِعَانِ إِلَيَّ، فَأَتَصَدَّقُ بِهِمَا؛ فَيَكُونُ لِي أَجْرُهُمَا مَرَّتَيْنِ».

وأثر ابن مسعود وابن عباس رواه البيهقي[٣] - أيضًا، وروي ذلك عن ابن مسعود مرفوعًا إلى النبي ﷺ، قال: «مَنْ أَقْرَضَ مَرَّتَيْنِ كَانَ كَعِدْلِ صَدَقَةٍ مَرَّةً»، رواه البيهقي[٤] وابن ماجه[٥] بمعناه، إلا أن إسناده ضعيف، ووقفه على ابن مسعود أصحُّ.

ورأيت في كتاب «الزهد» لابن المبارك[٦] بإسناده أن ابن عمر قال: «لَأَنْ

---

(١) أخرجه مسلم (٢٦٩٩).
(٢) في الكبرى (٥/ ٣٥٣) (برقم: ١٠٧٣٣).
(٣) في الكبرى (٥/ ٣٥٣) (برقم: ١٠٧٣٣).
(٤) في الكبرى (٥/ ٣٥٣) (برقم: ١٠٧٣٤).
(٥) في صحيحه (١١/ ٤١٨) (برقم: ٥٠٤٠).
(٦) الزهد والرقائق لابن المبارك (١/ ٢٦٦).

أُقْرِضَ رَجُلًا دِينَارًا فَيَكُونَ عِنْدَهُ، ثُمَّ آخُذَهُ فَأُقْرِضَهُ آخَرَ، أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِ، فَإِنَّ الصَّدَقَةَ إِنَّمَا يُكْتَبُ لَكَ أَجْرُهَا حِينَ تَصَدَّقُ بِهَا، وَهَذَا يُكْتَبُ لَكَ أَجْرُهُ مَا كَانَ عِنْدَ صَاحِبِهِ».

وهذا ترجيح حسن، ونية صالحة بزيادة الأجر على صبره عليه.

وقيل: إنما كان القرض خيرًا من الصدقة؛ لأن الصدقة قد تدفع إلى من هو غني عنها، ولا يسأل إنسان إنسانًا القرض إلَّا وهو محتاج إليه، وفي كتب بعض أصحابنا حديث أن النبي ﷺ قال: «**الصدقة بعشرة والقرض بثمان عشرة**»، ولا أعرف لهذا الحديث أصلًا.

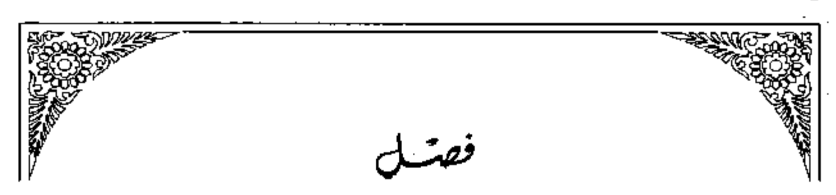
فهذه آثار في الترغيب في القرض، وأما جوازه ومشروعيته، فمعلوم من الشرع بالضرورة، وصح فيه أحاديث سيأتي بعضها في الباب.

وقد تغايرت عبارات المصنف في القرض والهبة والعتق، تارة يقول: قربة مندوب إليها، وتارة يقتصر على أحد اللفظين، وتارة يغاير بين «المهذب» و«التنبيه»، والكل صحيح، وكلها قربة ومندوب إليها؛ إما بدليل عام أو بدليل خاص، وكذلك عيادة المريض وزيادة القادم، وهي مرتبة متوسطة بين العبادات التي عرف اهتمام الشارع بتكليف الخلق إيقاعها على حقيقة العبادة، وبين المباحات التي لا تقع قربة إلَّا بالقصد؛ كالأكل بقصد التَّقوِّي على العبادة.

والقربة في أصل وضعها، تشمل الواجب، فهي أعم من المندوب بهذا الاعتبار، وزعم ابن أبي عصرون أن المصنف احترز بقوله: مندوب إليها من الجهاد بغير [١٣٢/ب] ⇑ إذن الوالدين فإنه قربة، وليس بمندوب، وهذا ركيك؛ لأن الجهاد بغير إذن الوالدين معصية، فكيف يقال بأنها قربة؟!

❋ ❋ ❋

قال:



فصل

[أركان القرض]

ولا [يجوز][(١)] إلَّا من جائز التصرف؛ لأنه عقد على المال، فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع.



ويشترط فيه مع ذلك في المقرض أهلية التبرع؛ فإنه فيه شائبة التبرع، ولو كان معاوضة محضة لاشترط في القرض الربوي التقابض في المجلس، ولجاز في غيره شرط الأجل لكنه بملاحظة التبرع؛ لم يجز حتى يكون المتبرع بالخيار في تبرعه. ولا يجوز من غير أهل التبرع إلا للضرورة كما سنذكره للولي في مال الطفل.

وأصل القرض لم يوضع للمعاوضة، وإنما وضع لتمليك المال بشرط الضمان فيثبت بدله عند الملك أو التصرف، قال الإمام: «هو معروف أثبته الشرع رخصة»[(٢)].

وقال الغزالي: «كأنه أذن في الإتلاف بشرط الضمان»[(٣)].

---

(١) في المطبوع من المهذب: «يصح».

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٤٤).

(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٢).

قال:

ولا ينعقد إلَّا بالإيجاب والقبول لا تمليك إذني؛ فلم يصحَّ من غير إيجاب وقبول، كالبيع والهبة.



الشرح

هذا الذي أورده العراقيون ومعظم الأصحاب، وذكره المراوزة وجهًا أن القبول باللفظ ليس بشرط، وادعى الإمام[1]؛ أنه ظاهر المذهب، وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أن القرض، مما يملك بالقرض أو بالتصرف إن قلنا بالثاني أشبه الإباحة؛ فلا يفتقر إلى القبول.

وقال في «التتمة»: «الإيجاب والقبول ليس بشرط» بل إذا قال: أقرضتني كذا أو أرسل إليه رسولًا، فبعث المال إليه صح القرض، وثبت حكمه، وهكذا لو قال رب المال: أقرضتك وسلم إليه فقبضه ثبت القرض، وحكاه في «الروضة»[2] عن صاحب «التتمة» مصرحًا: بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول، وآخر كلام صاحب «التتمة» يقتضيه؛ لأنه قال: إنه تبرع.

والركن في التبرعات الفعل لا القول؛ ولهذا تتم الهدية بالتسليم من غير قبض لكن الصورتان اللتان ذكرهما صاحب «التتمة» اللفظ فيهما موجود من أحد الجانبين، وعلى كل تقدير فهو وجه ثالث في المسألة، وقول المصنف: تمليك، احتراز من العتق ومن الإباحة؛ كتقديم الطعام، وقوله: أدنى احتراز من الوقف على المساجد والمدارس.

***

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٥).

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٢).

قال:

ويصح بلفظ القرض والسلف؛ لأن الشرع ورد بهما، ويصح بما يؤدي معناه، وهو أن يقول: ملَّكْتك هذا على أن تردَّ عليَّ بدله.



أقرضتك وأسلفتك صريحان وقد وردا في الأحاديث، [١/١٣٣] وتقدم أن السلف مشترك بين السلم والقرض.

وقيل: إن القرض لغة أهل العراق، والسلف لغة أهل الحجاز، ويعني هذا القائل أنه شاع في كل ناحية لفظة، وإلَّا فاللغتان ثابتتان في الحجازيين وغيرهم، ولا يشترط مع واحدة من هاتين اللفظتين قرينة ولا نية، وملكتك هذا على أن ترد بدله أو خذه بمثله، أو خذه واصرفه في حوائجك ورد بدله المشهور في مثلها في البيع.

وقيل: صرائح كذكر العوض معها. وقد جزموا هنا بانعقاد القرض بها، ومقتضى إلحاقه بالبيع والهبة أن يجري فيه الخلاف في انعقادهما بالكتابة مع النية، وبعضه ما سيأتي في كلام المصنف من الخلاف فيما إذا كتب إليه فإن الكتابة قرينة من الكناية، ولو قال: خذه وتصرف فيه لنفسك أو خذ هذا الطعام وازرعه لنفسك فهل يجعل قرضًا أو هبة؟ وجهان في «التتمة».

ولا يرد على قوله: خذه بمثله أنه متردد بين البيع والقرض؛ لأنا نقول: إذا كان بكناية فالنية لابد منها، وهي مخصصة فلا يضر التردد. نعم: إن قيل: بأنه صريح كذكر العوض معه يقوي السؤال، ويتجه ألا يصح القرض به مع فقد النية والقرينة.

قال ابن الرفعة: «إلا أن يقال: إن البيع بمثل هذا لا يصح؛ لاحتمال تلف

المبذول قبل إحضار المثل؛ فيؤدي إلى التنازع، كما في بعتك ملء هذا الكوز على وجه، أو يقال بأن الشيء بمثله من كل وجه لا يصح، كما هو وجه في بيع أحد الشريكين نصيبه بنصيب شريكه المساوي له»[١].

قلت: وإطلاق الأصحاب الصحة فيما إذا قال: خذه بمثله كأنه تفريع على أن القرض يضمن مطلقًا بالمثل، أما إذا قلنا: المتقوم يضمن بالقيمة، فإذا قال: خذه بمثله، يحتمل: أن يقال بالصحة - أيضًا، وسنحكيه عن «شرح المهذب» لأبي إسحاق عند الكلام في قرض الخبز.

ويحتمل أن يقال: إن هذا شرط ينافي مقتضاه، فيمتنع تصحيحه قرضًا، وبعد ذلك؛ إما أن يفسد، وإما أن يجعل بيعًا.



(١) كفاية النبيه (٩/ ٣٥٦) بمعناه.

قال:

فإن قال: ملكتك ولم يذكر البدل؛ [فهو][(١)] هبة، وإن اختلفا فيه، فالقول قول الموهوب له؛ لأن الظاهر معه، فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر.

الشَّرح

التمليك بلا عوض في اللفظ ولا في النية هبة قطعًا، ومع ذكر العوض تقدم حكمه، ومع نية العوض من غير ذكره كناية فيما نوى به فكذلك.

قال ﵀ [ب/١٣٣] المصنف: إن التمليك من غير ذكر عوض هبة في الظاهر؛ أي: وإن احتمل أنه غير هبة بالنية.

وقوله: «في أول الكلام؛ فهو هبة»؛ أي: في الظاهر والحكم.

وقوله: «وإن اختلفا فيه»؛ أي: في البدل هل أريد بذلك أو لا مع اتفاقهما على أنه لم يذكر في اللفظ؟ فالقول قول الموهوب له؛ أي: الذي جعل موهوبًا له في الحكم، ولو قال المخاطب: كان أحسن؛ لأن كونه موهوبًا له متنازع فيه.

وإنما شرحنا كلام المصنف على هذا، وجعلنا محل الاختلاف في نية العوض دون ذكره؛ ليصحَّ تعليله بعدم ذكره العوض، ولو أنهما اختلفا هل حصل ذكر العوض أو لا؟ فالقول قول المخاطب - أيضًا، ويكون هبة على ما جزم به الرافعي[(٢)] وغيره، فإن قوله معتضد بالأصل. فإن الأصل عدم الذكر، ولا ظاهر هنا إلَّا الظهور المستفاد من الأصل، وكثير من المصنفين

(١) في المطبوع من المهذب: «كان».
(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٥٣).

أطلقوا المسألة، كما أطلقها الرافعي، ولم يفرقوا بين الاختلافين.

قال في «الروضة»: «وحكي وجه أن القول قول الدافع، وهو متجه»[١]، ولك أن تقول: هذا الاختلاف في القرض والهبة فإذا قلنا: بأن المقرض لا يرجع في العين بعد ملكها بالقبض، فلم لا يحلف كُلٌّ منهما، أو يتحالفان كما في الاختلاف في البيع والهبة عند غير صاحب «التقريب»؟

وإذا حلف المقرض أنه ما وهب، وحلف المقترض أنه ما اقترض رجعت العين إلى صاحبها، وإن كنا نقول على وجه: أن المقرض لا يرجع في عين ما اقترضه بعد القبض والملك، وصار كالاختلاف في البيع والهبة.

أما إذا قلنا بالرجوع وهو الأصح؛ فالمقرض لا يدعي شيئًا غير العين؛ فبعد حلفه على نفي الهبة؛ لا فائدة في حلف الآخر على عدم القرض.

فرع في «الروضة»[٢] قال: وفي «التتمة» وجه أن الاقتصار على ملكته قرض كذا بخط المصنف وفي بعض النسخ هبة وهو غلط؛ لأن ذلك الوجه في الرافعي على أن هذا الوجه الذي في «الروضة»[٣] لم أره في «التتمة»، فإن كان أخذه من الوجهين في خذه وتصرف فيه لنفسك فليس مثله؛ لأن ذلك اللفظ محتمل للقرض بخلاف ملكتك [...][٤].



---

(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٢).
(٢) انظر مصدره السابق.
(٣) انظر مصدره السابق.
(٤) بياض في الأصل مايقارب ثلاث كلمات.

قال:

وإن قال: أقرضتك ألفًا وقبل ألفًا وتفرقًا، ثم دفع إليه ألفًا، فإن لم يطل الفصل جاز؛ لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب.

وإن طال الفصل، لم يجز حتى يعيد لفظ القرض؛ لأنه لا يمكن البناء [١٣٤/أ] على العقد مع طول الفصل.

الشرح

هكذا جزم به ابن أبي عصرون في «المرشد»، وأبي إسحاق العراقي في «الشرح»، وصاحب «البيان»[(١)]، والروياني[(٢)] كلاهما نقلها عن المصنف، وهذا مبهم يقتضي أن القرض لا يجب إيراده على معين، بل يجوز أن يكون على موصوف ثم يعين وهو غريب، وأن تعيينه في المجلس أو بعده بحيث لا يطول الفصل وهو إغرب؛ إذ لا عهد به.

وقال يعقوب بن أبي عصرون: «إنه إذا فعل مثل ذلك في الهبة، جاز»، يعني: مع طول الفصل.

قال: والفرق بينهما أن القرض عقد جائز من الجانبين، فيحتاج إلى تصرف قويٍّ بخلاف الهبة، فإنه عقد لازم من الجانبين.

قلت: والمعروف أن الهبة لا تصح إلَّا في معين، وبتقدير صحتها، فهي لا تلزم إلَّا بالقبض، فهي قبل القبض كالقرض.

وقد اختلف الأصحاب في القراض، فقطع القاضي حسين، والإمام[(٣)]

---

(١) البيان (٥/ ٤٥٧).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٧٢).

(٣) نهاية المطلب (٥/ ٤٤٩).

بجوازه على موصوف، ثم يُعيَّن في المجلس كالصرف، وقطع صاحب «التهذيب»(١) بالمنع.

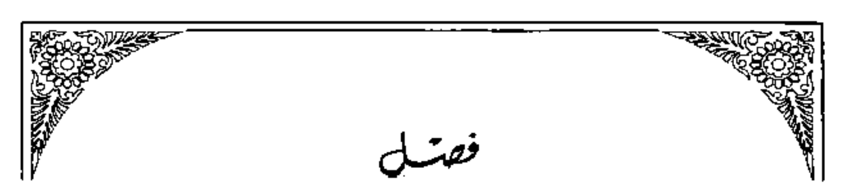
وقول المصنف: «وقبل ألفا» لو قال: وقبل، كان أحسن حتى يكون المقبول هو الأول، وإن كان غير معين، وقوله: لأن الظاهر أنه قصد الإيجاب. رأيت في بعض النسخ الإبحار مصدر أبحر، أي: إبحار ما أوجب له، وفي بعضها الإيجاب مصدر أوجب وهو الأكثر ومعناه قصد الدفع عن الإيجاب [المتقدم](٢) وقوله: «حتى يعيد لفظ القرض»؛ أي: والقبول ولم أر من ذكر هذه المسألة غير المصنف وأتباعه.



(١) التهذيب (٤/ ٣٨٣).

(٢) في المخطوطة: «المتقد»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال:



فصل

[الكتابة بالقرض]

قال: وإن كتب إليه وهو غائب: أقرضتك هذا أو كتب إليه بالبيع، ففيه وجهان؛ أحدهما: ينعقد؛ لأن الحاجة مع الغيبة داعية [إلى الكتابة][1].
والثاني: لا ينعقد؛ لأنه قادر على النطق، فلا ينعقد عقده بالكتابة؛ كما لو كتب وهو حاضر، وقول القائل الأول: إن الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح؛ لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول.



الشرح

جزم ابن أبي عصرون في «المرشد» بالثاني، وكلام المصنف يقتضي ترجيحه، والوجهان كالوجهين في انعقاد البيع بالكتابة، وقد حكاهما المصنف في البيع، صحح عدم الانعقاد كما اقتضاه كلامه هنا لكن الأصح عند الرافعي[2] والنووي[3] انعقاد البيع بالكتابة في حالة الغيبة، وحكيا فيها مع الحضور وجهين ورجح منها: ولا شك أن القرض في قبول الكتابة مثل البيع أو أولى [١٣٤/ب] ⇑ .

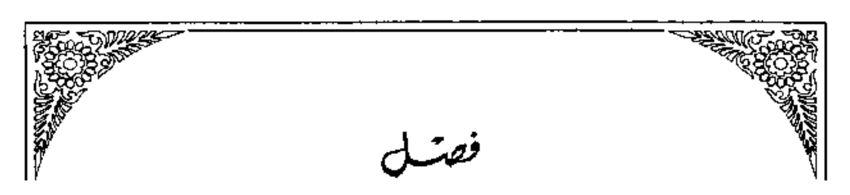
(١) فتح العزيز (٨/ ١٠٣).
(٢) روضة الطالبين (٣/ ٣٤٠).
(٣) من المطبوع من المهذب.

فيؤخذ من كلام الرافعي والنووي أن الأصح عندهما في القرض؛ انعقاد بالكتب على خلاف ما قال المصنف، وهو الأولى في القرض والبيع جميعًا، وكونه متمكنًا من التوكيل لا يقدح، كما أنه ينعقد بالكتابة، وإن كان قادرًا على التصريح، وحيث جوزنا انعقاده بالكتابة، فلابد معها من النية، فالكتابة كالكناية، وكل ذلك في كتابة الناطق، أما الأخرس إذا كتب، فلا يصح بيعه؛ لأن إشارته وكتابته كنطق غيره، هكذا قال صاحب «البيان»[1]، وقال إسماعيل الحضرمي: «إنه لا خلاف في ذلك».



(١) البيان (٥/ ١٦).

قال:



فصل

[الشرط في القرض]

ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط؛ لأن الخيار يراد للفسخ، وفي القرض: يجوز لكل منهما أن يفسخ إذا شاء، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط[...][1] هذا صحيح جزم به البغوي[2] وغيره، ومن يقول من أصحابنا: إنه ليس للمقرض الرجوع في عين ما أقرضه بعد القبض؛ لا يستقيم عنده التعليل بما ذكره المصنف.

وقياسه أن يلحق القرض بالهبة المطلقة إذا قلنا باقتضائها الثواب، وإن الإثابة واجبة، وفي ثبوت الخيار فيها بعد القبض خلاف، الأصح المنع، ولم أر من صرح به هنا بل كلامهم يقتضي خلافه، ألا ترى أن البغوي جزم بأنه ليس له الرجوع في عينه على المذهب في أنه يملك بالقبض، وجزم بأنه لا خيار، أما قبل القبض، فلا خيار؛ جزمًا فيهما؛ لكون العقد جائزًا.



(١) هنا بياض بمقدار ثلاث كلمات أو أربعة تقديرًا.

(٢) التهذيب (٤/ ٣٨٥).

قال:

ولا يجوز شرط الأجل فيه؛ لأن الأجل يقتضي جزءًا من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه؛ فلا يجوز شرط الأجل فيه.



أي: لا يصح شرط الأجل، ولا يثبت الأجل في القرض عندنا، وعند أبي حنيفة والأوزاعي والحارث العُكْلي، وقال مالك[1]، والليث بن سعد: إذا شرط الأجل يثبت ولا يطالب به حتى يحل الأجل، وحكي نحوه عن علي وابن عباس، وذكر الماوردي[2] أن بعض أصحابنا كان يغلط، فيذهب إلى جوازه متمسكًا من كلام الشافعي في التفليس بما ليس دالًّا على ذلك.

واستدلوا بأدلة عامة في الوفاء بالشروط، ولنا مثلها في إبطال الشروط التي لا دليل عليها، وما ذكره المصنف دليل خاص لا يعارضه شيء، إذا ثبت أن شرط الأجل في القرض لا يصح؛ فهل يفسد به القرض؟ **فيه ثلاثة أوجه:**

أحدها: نعم، لمنافاته فهو [١/١٣٥] كشرط رد الصحيح عن المكسر أو الجَيِّد عن الرديء؛ فإنه يفسد القرض على المشهور.

والثاني: لا، بل يصح حالًّا؛ لأن الأجل وإن كان غير لازم، فتأخيره من غير شرط جائز فلم يتنافياه.

هذا قول ابن أبي هريرة، وهو المفهوم من كلام كثير من المتقدمين، وبه جزم المتولي؛ كما لو شرط رد المكسر عن الصحيح؛ فإن القرض يصح

---

(١) انظر: المدونة (٣/ ٨٠)، الكافي (٢/ ٦٩٢)، المقدمات الممهدات (٢/ ٢٩).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٥).

على الأصح، ويلغو الشرط.

والثالث: إن كان للمقرض غرض في التأجيل بأن كان وقت نهب وغارة فسد القرض به؛ لأنه قرض يجر نفعًا.

وإن لم يكن له فيه غرض؛ بل غرضه نفع المستقرض والإهمال عليه صح القرض، وكان حالًّا؛ لأن نفع المستقرض لا ينافي القرض، بخلاف نفع المقرض، وهذا ذكره القاضي حسين اختيارًا لنفسه، قال فيه: «وينبغي أن يقال». وجزم به البغوي(١)، وصححه الرافعي(٢)، وهو حسن قوي في المعنى، وسيأتي في كلام المصنف الخلاف في فساد القرض بفساد الشرط مطلقًا.

وليس غرض المصنف هنا إلَّا الحكم بفساد الشرط، ولكنا أردنا أن نستوفي الكلام في الأجل وإنما لم يثبت الأجل، وإن قصد به رفق المستقرض؛ لأنه يقابله قسط من العوض؛ فيصير في معنى شرط أن يردَّ أقل مما أخذ، وقد ورد في البخاري(٣) أن النبي ﷺ ذَكَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ سَأَلَ بَعْضَ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنْ يُسْلِفَهُ أَلْفَ دِينَارٍ فَقَالَ: ائْتِنِي بِالشُّهَدَاءِ. فَقَالَ: كَفَى بِاللهِ شَهِيدًا. قَالَ: ائتِنِي بِالْكَفِيلِ. قَالَ: كَفَى بِاللهِ كَفِيلًا. قَالَ. صَدَقْتَ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى. وهذا إن كان حكمه ثابتًا في هذه الملة؛ فيدل على أن القرض لا يفسد بشرط الأجل، وليس صريحًا في أن الشرط يصح كما يقوله مالك، أو يلغو كما هو الأصح عندنا.

وروي أيضًا عن أبي سعيد قال: جَاءَ أَعْرَابِيٌّ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ يَتَقَاضَاهُ دَيْنًا كَانَ عَلَيْهِ، فَأَرْسَلَ إِلَى خَوْلَةَ بِنْتِ قَيْسٍ، فَقَالَ لَهَا: **«إِنْ كَانَ عِنْدَكِ تَمْرٌ**

---

(١) التهذيب (٤/ ٢١).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٨٠).

(٣) البخاري (٢٢٩١).

فَأَقْرِضِينَا، حَتَّى يَأْتِيَنَا تَمْرٌ فَنَقْضِيَكِ».

قيل: إنه في ابن ماجه[(١)]، ولم أقف عليه.

وهذا ليس على سبيل الاشتراط؛ لأن وقت مجيء التمر ليس معلومًا، وإنما هو اختار بالوقت الذي يقضيها فيه، ولو كان شرطًا حملناه على الوعد، كما حملنا عليه حديث البخاري، وإنما شرحنا قول المصنف لا يجوز بمعنى لا يصح؛ لأنه الغالب، إرادته في المعاملات.

ولأنه إذا ارتد به بقي الحل يظهر أن يقال:

إن قلنا بأن القرض يفسد ⇑ [١٣٥/ب] بهذا الشرط فحكمه حكم تعاطي العقود الفاسدة، وهي حرام.

وإن قلنا: يصح القرض ويلغو الشرط فلا يظهر تحريم ذلك؛ لأنه في معنى الوعد والإرفاق.

ألا ترى إلى قول الشافعي في تأجيل الحال أنه معروف لا يجب له أن يرجع فيه.

فرع مذهبنا أن القرض لا يتأجل ابتداءً ولا انتهاءً[(٢)]، ومذهب مالك[(٣)] أنه يتأجل ابتداءً وانتهاءً، أما الابتداء فقد ذكرناه، وأما الانتهاء فمعناه أنه يكون حالًا ثم يؤجله، فمذهب مالك[(٤)] جوازه، ويصير مؤجلًا، ومذهبنا لا يصير مؤجلًا، وكذلك سائر الديون الحالَّة من ثمن وأجرة

---

(١) ابن ماجه (٣/ ٤٩٦-٤٩٧) (برقم: ٢٤٢٦). طبعة دار الرسالة العلمية.

(٢) انظر: الأم (٧/ ١٠٧)، الحاوي (٥/ ٣٥٥)، فتح العزيز (٩/ ٣٥٧)، روضة الطالبين (٤/ ٣٤)، مغني المحتاج (٢/ ١٢٠).

(٣) انظر: الاستذكار (٥/ ١٦٠)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٨).

(٤) انظر مصادر المالكية السابقة.

وصداق وأرش جناية بعد لزومها حالة لا تقبل التأجيل عندنا، ووافقنا أبو حنيفة[١] في القرض، ووافق مالكًا[٢] في الباقي.

قال الشافعي: «ولو كان له على رجل حق من بيع أو غيره حال فأخره به مدة، كان له أن يرجع متى شاء، وذلك أنه ليس بإخراج شيء من ملكه، ولا أخذ منه عوضًا فيلزمه، وهذا معروف لا يجب له أن يرجع فيه»[٣]، وقولي: بعد لزومها احتراز من الثمن الحالِّ في مدة الخيار؛ فإنه يقبل التأجيل، ولنا صورتان يشبهان تأجيل الحال: **إحداهما**: قال الأصحاب: إذا أوصى بتأجيل الحال صحت الوصية، ولم يكن للورثة المطالبة به إلَّا بعد الأجل إذا خرج ذلك من الثلث.

والثانية: قالها بعض الأصحاب: إذا نذر تأجيله حيث يستحب له إذا قلنا: يلزم كل مندوب بالنذر وهو الصحيح، ففي هاتين الصورتين يجب الإمهال في الدَّين الحالِّ إلى مدة معلومة، فيكون في معنى المؤجل لكنه ليس مؤجلًا حقيقة.

ألا ترى أن إنظار المعسر يثبت الإمهال فيه، وإن لم يكن مؤجلًا، فلا فرق بينهما، إلا أن الوصية والنذر إلى غاية معلومة، والإنظار إلى غاية غير معلومة، ولم يختلف الأصحاب في أن الدين الحال لا يؤجل في غير هاتين الصورتين.

واختلفوا في عكسه كما ذكرنا في السلم إذا أسقط مَنْ عليه الأجل هل يسقط؟ ثم إن الأصحاب مع اتفاقهم على أن التأجيل لا يصحُّ، قالوا: يستحب الوفاء به؛ كما قاله الشافعي أنه معروف لا يستحب الرجوع فيه.

---

(١) انظر مصادر الأحناف السابقة.

(٢) انظر مصادر المالكية السابقة.

(٣) مختصر المزني (٨/ ١٨٧).

واعلم أن الحكم بعدم وجوبه، فيما إذا لم يجز إلَّا مجرد التأجيل ظاهر، فإن التأجيل من قبيل الإنشاءات والعقود، وإن أمرنا بالوفاء بها فمنها كثير غير واجب [١٣٦/أ] وأما إذا صدر وعد بالإمهال فالمفهوم من كلام الأصحاب: الجواز أيضًا، وأن الوفاء بالوعد لا يجب، وقد يستشكل ذلك بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝ كَبُرَ مَقْتًا عِندَ ٱللَّهِ أَن تَقُولُواْ مَا لَا تَفْعَلُونَ ۝﴾ [الصف: ٢، ٣].

وقوله تعالى: ﴿فَأَعْقَبَهُمْ نِفَاقًا فِى قُلُوبِهِمْ إِلَىٰ يَوْمِ يَلْقَوْنَهُۥ بِمَآ أَخْلَفُواْ ٱللَّهَ مَا وَعَدُوهُ وَبِمَا كَانُواْ يَكْذِبُونَ ۝﴾ [التوبة: ٧٧].

وآيات كثيرة تدل على وجوب الوفاء بالوعد والعهد، وقد جاءت السنة بمثل ذلك، وبأن إخلاف الوعد من علامات النفاق، وأيضًا، فإنه كذب؛ لأن الكذب يدخل في الخبر الماضي والمستقبل، وإن اختص بعض ذلك بتسميته خُلْفًا فهو خلف وكذب، والكذب كله حرام إلَّا ثلاثة ليس هذا منها.

وجواب هذا: يمنع تسمية خلف الوعد كذبًا ومنع تسمية الوعد خبرًا، وإن سلم [أنه فهو][1] خبر عما في نفسه من العزم على ذلك، فإذا قال: أنا أعطيك كذا وفي نفسه أن يعطيه، ثم أخلف لا يسمى كذبًا، ووجود خصلة من خصال النفاق تدل على كمال الإيمان فحسب، والجواب عن بقية الآيات يحتاج إلى نظر، وكونه خلف الوعد لا يسمى كذبًا؛ قاله ابن قتيبة، وخص الكذب بالماضي والذي يظهر لي خلافه.

وقد استنبطت من قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَرَ إِلَى ٱلَّذِينَ نَافَقُواْ يَقُولُونَ لِإِخْوَٰنِهِمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ﴾ إلى آخر الآية أن الكذب لا يختص بالماضي بل يكون في المستقبل، وأن الجملة المقسم عليها خبرية يحتمل الصدق

---

(١) كذا في المخطوطة.

والكذب؛ لأنه تعالى كَذَّبَ المنافقين في قولهم: ﴿لَئِنْ أُخْرِجْتُمْ لَنَخْرُجَنَّ مَعَكُمْ﴾، وهو مستقبل وقسم.



قال:

ويجوز شرط الرهن فيه؛ لأن النبي ﷺ «رهن درعه على شعير أخذه لأهله». ويجوز أخذ الضمين فيه [لأنه][١] وثيقة، فجاز في القرض كالرهن.



الحديث المذكور متفق عليه في «الصحيحين»[٢] لكن في لفظه اختلاف يتوقف الاستدلال به عليه في أن الشعير المأخوذ هل كان قرضًا أو غيره؟! ففي رواية ابن عباس وأنس أن الدرع كان مرهونًا بالشعير، وكذلك في رواية عائشة من طريق سفيان عن الأعمش، وهذه الرواية ظاهرة في أنه كان قرضًا.

وورد في البخاري ومسلم أيضًا من طرق في رواية عائشة أيضًا قالت: «اشْتَرَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ بِنَسِيئَةٍ، وَرَهَنَهُ دِرْعًا لَهُ مِنْ حَدِيدٍ» وهذه الرواية تقتضي أن الرهن كان على ثمن الشعير؟ [٧/١٣٦] فلا يتم بها الاستدلال على الرهن في القرض، واستدل غير المصنف بأن شرط ذلك إحكام وتوثقة للقرض لا زيادة عليه، وكذلك الضمين كل ذلك ليس الغرض منه إلَّا حفظ المال المقرَض؛ فليس فيه جر نفع، وكذلك شرط أن يقر به عند الحاكم.

ولو شرط في القرض أن يقوم له بضمين على دين آخر، أو يرهنه رهنًا بدين آخر لم يجز؛ لأنه قرض جرَّ نفعًا، وإنما الذي ذكرنا إذا كان شرط تلك الأشياء على ذلك القرض لكونها من تمامه، والمصنف وأكثر الأصحاب أطلقوا جواز الرهن، وهو فيما إذا كان الواجب المثل على إطلاقه.

---

(١) في المخطوطة: «لا»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) أخرجه البخاري (٢٠٦٩، ٢٩١٦).

وأما إذا كان الواجب القيمة؛ فحكى الماوردي[١] في جواز شرط الرهن والضمين وجهين؛ بناء على أن القيمة الواجبة ما هي؟ إن قلنا: أكبر أحواله من القبض إلى التصرف لم يصحَّ للجهالة، وإن قلنا: يوم القبض فيجوز.

ثم إن عَلِمَا قدر قيمته عند شرطه ووقت قبضه، جاز أخذ الرهن منه والضمين. وإن جهلاه أو أحدهما، لم يجز. واعلم أن الأصحاب تكلموا في شرط الرهن والضمين في البيع في أنه هل يجب تعيينه عند الشرط أو لا؟ وها هنا مثله، وتزداد أمرًا آخر وهو العلم بما يرهن به، ويضمن، والشك إن ذلك شرط عند الرهن والضمان، أما عند الشرط، فكلام الماوردي المذكور يقتضي اشتراطه؛ ولذلك حكى الخلاف في المتقوّم.

ويحتمل أن يقال: إنه يصح شرطه مطلقًا سواء كان المال المقرض مثليًّا أو متقومًا، معلوم القيمة أو مجهولها، سواء قلنا: يملك بالقبض أو بالتصرف، فإن كان المال مثليًّا أو متقومًا وأوجبنا المثل الصوري كفى العلم به، وأمكن الوفاء به بعد القبض وقبله؛ كما صرح به الجمهور أنه يجوز أن يقول: أقرضت وارتهنت، فيقول المخاطب: استقرضت ورهنت؛ كنظيره من البيع خلافًا لأبي إسحاق فيهما، وإن أوجبنا قيمة يوم القبض اشترط معرفتها، وتعذر الوفاء بذلك قبل القبض، وأمكن بعده إذا علماها، وإن أوجبنا أقصى القيم من القبض إلى التصرف، تعذر الوفاء به قبل التصرف للجهل بمقدار الدين، وأمكن بعده.

هذا في الرهن والضمين، أما الإشهاد، فإن أريد به الإشهاد على البدل الواجب، فكذلك يأتي فيه ما تقدم؛ لأنه لابد أن [يكون معلومًا][٢] وإن أريد الإشهاد على الاقتراض.

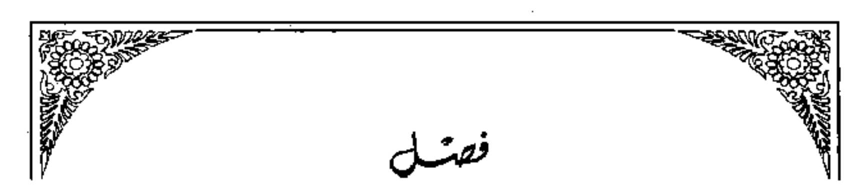
---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٧).

(٢) في المخطوطة: «يعلوما»، والمثبت أقرب إلى الصواب، والله أعلم.



قال:



فصل

[وقت ملك القرض]

وفي الوقت الذي يملك فيه وجهان: أحدهما: أنه يملك بالقبض؛ لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض، فوقف الملك فيه على القبض؛ كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانًا فنفقته بعد القبض [١/١٣٧] على المستقرض، وإن اقترض أباه وقبضه عتق عليه.

والثاني: أنه لا يملكه إلَّا بالتصرف بالبيع والهبة والإتلاف؛ لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه؛ فعلى هذا تكون نفقته على المقرض، وإن اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه.

الشرح

الوجهان مشهوران، وقال الإمام[١] والغزالي[٢]: إنهما قولان مأخوذان من معاني كلام الشافعي، ولا تنافي بين العبارتين، فإن الوجهين كذلك، وظاهر كلام الأكثرين ممن حكى الخلاف أن الملك مجزوم به، وإنما الخلاف في وقته وهو الذي قال الرافعي[٣] إنه لا شك فيه، ولكن الجوري

(١) نهاية المطلب (٦/ ١٣٣).
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٧٨).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٨٠).

جعل بدل الوجه الثاني: أنه لا يملك، وإنما سلطه المقرض على إتلافه.

قال: وهذا هو المحفوظ للشافعي، وهذا غريب، والغزالي[١] قارب هذا القول؛ إذ قال: إنه قريب من الإذن في الإتلاف بشرط الضمان إن لم يكن عينه، وإن كان لم يقل بعدم الملك ويبعده جواز التصرف بالبيع وغيره، مما يعتمد الملك ويبعد أن يصحح بيع الشخص عن نفسه في غير ملكه، وذكر سلامة المقدسي في «شرح المفتاح» جعل بدل الوجه الأول أنه يملكه بالعقد كالبيع.

فإن صح هذان النقلان الغريبان كان في المسألة أربعة أوجه، والأصح عند الشيخ أبي حامد والبغوي[٢] والروياني[٣] والرافعي[٤] الأول، وهو أنه يملك بالقبض وهو القياس عند الإمام[٥] والغزالي[٦]؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه، ولأن الملك في الهبة يحصل بالقبض؛ ففي القرض أولى؛ لأن للعوض فيه مدخلًا، وهذه العبارة أبين من عبارة المصنف؛ لأنه لا يلزم من وقوف الملك فيه على القبض حصوله به، فقد يقف عليه وعلى التصرف مع أنه تبعض بقبض المبيع، فإن التصرف يقف عليه، ولا يتعلق الملك؛ ولذلك قال القاضي أبو الطيب وغيره: لأنه قبض لا يجبر عليه يتعلق به جواز التصرف، فتعلق به الملك، كالقبض في الهبة، فاحترز عن البيع.

وما ذكره المصنف احتراز عن النكاح.

---

(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٢).

(٢) التهذيب (٣/ ٥٤٥).

(٣) بحر المذهب (٥/ ٦٦).

(٤) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٣).

(٥) انظر مصدره السابق.

(٦) انظر مصدره السابق.

والثاني: أنه يملك بالتصرف لما ذكره المصنف، ولأنه ليس تبرعًا محضًا بدليل وجوب البدل، وليس على حقائق المعاوضات كما سبق فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله، وهذا أصح عند ابن أبي عصرون، ومعناه بالتصرف بعد القبض، أما التصرف قبل القبض فلا يصح، ولا أثر له بلا خلاف ⇑ [١٣٧/ب] ولذلك قال المصنف: إن التصرف يقف على القبض.

نعم، لو أتلف المستقرض العين المقرضة قبل القبض هل يكون إتلافه قبضا، ويحكم بملكه أو لا؟ فإن قلنا: إنه لا يملك إلّا بالتصرف، فلكل واحد منهما قبله أن يرد بلا إشكال، وإن قلنا بالأول فيجوز للمستقرض أن يرد العين، ويجبر المقرض على قبولها بلا خلاف.

ولو قيل بأنا إذا أوجبنا القيمة لا يجبر على أحد العين؛ لأنها غير الحق لكان له وجه؛ لكن لم أرَ مَنْ قاله به، وأما المقرض، فالمذهب المشهور المنصوص الذي قطع به جماعة أن له أن يرجع ويجبر المستقرض على الرد ما دام باقيًا في يده، كما يرجع الواهب بعد ملك الولد، وعلى [ذلك][1] يتجه استدلال المصنف، وعلى هذا لا يتمكن من المطالبة بالبدل إلّا عند الفوات.

هكذا مقتضى كلام الرافعي[2] وغيره، ولأن الدعوى به ليست ملزمة، ومن أصحابنا مَن قال: لا يجوز له الرجوع، وللمستقرض أن يؤدي من غيره، وهو الذي أورده في «التهذيب»؛ فعلى هذا لا يتم الاستدلال لكنه وجه ضعيف في النقل، وإن كان له وجه حسن في القياس؛ فاجتمع في رجوع المقرض في عين المال طريقان؛ **أصحهما**: القطع بالرجوع.

والثانية: البناء على أنه تملك بالقبض، أو بالتصرف، وقد حكى الطريقين في «التتمة».

---

(١) ما بين المعقوفين زيادة يقتضيها السياق.

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٩٣).

ثم التصرف المعتبر ما هو فيه ثلاثة أوجه: **أصحها**: وهو مقتضى كلام المصنف أنه كل تصرف يزيل الملك، كالبيع بغير شرط الخيار والهبة مع الإقباض والإعتاق والإتلاف، وكذلك التلف تحت يده كما صرح به صاحب «البيان» وغيره، أو أداؤه في دين عليه، وهذه التصرفات كافية على كل الوجوه.

والثاني: كل تصرف لازم يتعلق بالرقبة كالرهن مع الإقباض، والثالث: كل تصرف يستدعي الملك كالإجارة، وقال الشيخ أبو محمد: كل ما يقطع رجوع الواهب والبائع في عين ماله عند الفلس، وهو راجع إلى الأوجه المتقدمة، وإن عده الإمام طريقة رابعة.

والوجهان الأخيران مختلفان في الإجارة لتعلقها بالمنفعة والرهن؛ لأنه لا يستدعي الملك، ومتفقان على الاكتفاء بالتزويج والبيع بشرط الخيار إذا قلنا: لا يزيل الملك، وطحن الحنطة وخبز الدقيق وذبح الشاة. وعلى الوجه الأول الأصح لا يكتفى بشيء من هذه التصرفات السببية.

وأما البيع بشرط الخيار؛ فعلى الثاني والثالث يكفي مطلقًا، وعلى الأول إن قلنا لا يزيل الملك لم يكف، وإن قلنا: يزيله فوجهان؛ لأنه إزالة غير لازمة، ومقتضى هذا أن البيع بدون شرط الخيار لا يحكم بالملك فيه حتى ينقضي خيار المجلس فيتبين حصول الملك قبل البيع.

وإذا قلنا: الملك [١/١٣٨] لا يحصل بهذه التصرفات، فمقتضاه أن يفسد، وبه صرح البغوي في التزويج والإجارة، وحيث قلنا بالصحة وزوال الملك للمقرض أن يرجع في المرهون قبل انفكاك الرهن، وله الرجوع بعده، وفي الإجارة له الرجوع قبل الإجارة، والإجارة باقية بحالها، والأجرة للمستقرض.

وإن اختار الرجوع إلى البدل كان له ذلك؛ لأن الإجارة عيب، وفي البيع

ليس له الرجوع، ولا يلزم المستقرض استرجاعها ليردها بلا خلاف، فلو عادت إليه بشراء أو هبة أو ميراث، فهل للمقرض الرجوع إلى عينها أو بدلها؟ فيه وجهان في «الحاوي»، ولا خلاف أنه لا يكفي العارية والاستخدام؛ قاله الإمام[1] والغزالي[2]. وكذلك كل ما يستباح بالإباحة.

ولا خلاف أن الاستخدام جائز، وإن قلنا: إنه لم يملك؛ لأن الإقراض أباحة، ثم يحل الاكتفاء بالتصرفات السابقة إذا صدرت صحيحة، أما الفاسدة، فلا اعتبار بها، فلو اشترى بالمال المقرض شراء فاسدًا؛ إما بعينه، وإما على الذمة، ونقله فللمقرض استرجاعه من يد البائع، فإن تلف غرم من شاء منهما، وقرار الضمان على البائع؛ لأنه هلك في يده، وإذا حكمنا بالملك بالتصرف، قال المتولي والرافعي: «معناه أنه يتبين ثبوت الملك قبيله»[3]، كما في استيلاد الوالد جارية الابن، وقول الشخص لغيره: أعتق عبدك عني.

وقال الماوردي لما حكى الوجه الثاني: إنه تملك بالتصرف عند القبض؛ **فيحتمل**: أن يكون مراده التصرف الكائن عند القبض؛ احترازًا مما إذا وجد التصرف بدون قبض، وأنه لا أثر له.

ويحتمل: أن يريد أنه بالتصرف يتبين أنه ملك من وقت القبض، وهذا ذكره الرافعي[4] عن الإمام[5] في كتاب الزكاة عند الكلام على استرجاع الزكاة المعجلة إذا كان لها زوائد منفصلة، فيجتمع به، وبما تقدم عن

---

(١) نهاية المطلب (٥/ ٤٤٧).
(٢) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٦).
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٩٨).
(٤) فتح العزيز (٥/ ٥٤٤).
(٥) نهاية المطلب (٥/ ٤٤٧).

الجوري وعن سلامة المقدسي، خمسة أوجه.

وإذا كان المال باقيًا ولكن حدث به عيب، قال الماوردي: إن كان الواجب المثل يخير المقرض بينه وبين مثله سليمًا، ولا أرش، وإن كان الواجب القيمة، فإن أخذه رجع بالأرش، وقد تقدم ذلك عنه في باب اختلاف المتبايعين.

وقد فرع المصنف النفقة على الوجهين، والأمر كما قال بلا نزاع، وعتق القريب والمعروف على القول الثاني أنه لا يعتق ما ذكر المصنف، قال البغوي: ويجوز أن يقال: يعتق ويحكم بالملك قبله، وبه جزم في «التتمة»، وقال: إنه يعتق عقيب القبض وجهًا واحدًا؛ لأنه يجوز أن يعتقه، وكل سبب يفيد إعتاق الأجنبي يوجب عتق القريب، وتعذر الملك قبيله.

فرع الإقراض مع الإقباض هو من التصرفات المزيلة للملك [١٣٨/ب] على الأصح، ولكنه غير لازم لجواز الرجوع، فظهر أنه كالبيع بشرط الخيار؛ فيأتي فيه الوجهان.



قال:

واختلف أصحابنا فيمَن قدم طعامًا إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه:
أحدها: أنه يملكه بالأخذ.
والثاني: يملكه بتركه في الفم.
والثالث: أنه يملكه بالبلع.
والرابع: أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام.



مراده بالأخذ التناول، فكلما تناول لقمة ملكها كالقبض في الهبة، والوجه الثالث معناه أنه بالبلع يتبين الملك قبيله، ونقل الرافعي[1] وجهًا خامسًا أنه يملكه بوضعه بين يديه، ونقل الإمام[2] بدل هذا الوجه وجهًا سادسًا أنه يملكه بأن يمضغه بعض المضغ، وبالرابع وهو أنه إباحة وإذن في الإتلاف لا تمليك فيه.

قال القفال: ورجحه ابن الصباغ، وجزم به الغزالي في «الوجيز»[3]، وهو الأقوى في المعنى؛ لكن قال الرافعي: «الأكثرين قالوا بالملك، ولكن اختلفوا بِمَ يملك»[4]، وعكس ذلك الشيخ أبو محمد فقطع بعدم الملك، وجعل الخلاف في أن الإباحة هل تلزم، وبماذا تلزم، ومال إليه الإمام، ثم قال: إن الأصح أنها لا تلزم؛ فإنه ليس في الشرع إباحة لازمة إلَّا في

---

(١) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٢).
(٢) نهاية المطلب (١٣/ ١٩٤).
(٣) الوجيز (ص: ١٥٧).
(٤) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٢) بتصرف يسير.

النكاح، وزيف المتولي ما عدا الوجه الثالث، قال الرافعي: «وذلك يقتضي ترجيحه»[(١)].

قلت: والأرجح أنه لا يملك، وفائدة الخلاف تظهر في مسائل:

منها: رجوع صاحب الطعام بعد الوضع أو التناول أو الترك في الفم على الخلاف السابق إن حكمنا بالملك، فلا رجوع كما إذا وهب وأقبض وإن قلنا لا ملك ولا لزوم، فله أن يرجع.

ومنها: حيث قلنا بعدم الملك ليس للضيف أن يبيحه لغيره، ولا أن يتصرف فيه بما سوى الأكل إلَّا أن يعلم رضا المالك بذلك، وحيث قلنا بالملك فوجهان قال الجمهور[(٢)]: لا يجوز له التصرف بما سوى الأكل أيضًا؛ لأنه إنما أباح له انتفاعًا مخصوصًا.

وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: له أن يفعل به ما شاء من وجوه التصرفات، مثل البيع والهبة لغيره؛ لأنه ملكه كما لو وهبه وأقبضه.

«قال ابن الصباغ: وهذا الذي قالاه لا يجيء على أصولهما؛ لأن من شرط الهبة عندهما الإيجاب والقبول، والإذن بالقبض إلَّا أن يتضمنها العتق لفوته، ولم يوجد ذلك هنا، ولأن الإذن بالتناول إنما يضمن إباحة الأكل، فلا يحصل به الملك، ولو كان ذلك صحيحًا، لجاز له تناول جميع الذي قدم إليه، وينصرف به إلى بيته، وكذلك إذا قلنا: بتركه في فيه؛ لأنه لم يحصل الأكل المأذون فيه»[(٣)]، حكى ذلك عنهم صاحب «البيان».

قلت: الذي يجيء على أصولهما أنه لا يملك، فإن فرعنا [١/١٣٩] على القول بالملك فمقتضاه ما قالا؛ فإن الحجر على الشخص في ملكه بعيد، وعندي

(١) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٢).

(٢) انظر: فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٢)، روضة الطالبين (٧/ ٣٣٩).

(٣) البيان للعمراني (٥/ ٤٦٠).

الخلاف في ذلك يقرب من الخلاف فيما لو دفع إليه درهمًا، وقال: ادخل به الحمام لما رأى به من الشَّعث والوسخ أنه هل يتعين صرفه لذلك، أو له أن يصرفه فيما شاء، فإن قلنا: له أن يصرفه فيما شاء، كما أبداه القاضي حسين احتمالًا في «فتاويه» فها هنا مثله.

وإن قلنا: يتعين صرفه لتلك الجهة وهو قول القفال، فيحتمل أن يقال بمثله هنا، ويحتمل أن يقال: إنا هناك على هذا القول لا يحكم له بالملك بمجرد الأخذ، بل بالدفع والصرف، كما قاله القاضي في «الفتاوى»، وها هنا قد حكمنا له بالملك على القول الذي عليه نفرع.

وقد يفرق بين المسألتين بأن أهل العرف لا يستنكرون ممن أخذ الدرهم صرفه في غير تلك الجهة ويستنكر من المصنف بيع الطعام المقدم إليه، وأما الرافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه جزم بأن الخلاف بم يملك مخصوص بما يأكله قال: «ولا نقول بأنه يملك ما يوضع بين يديه، أو يأخذه بحال، ولو قيل [به][1]، لما منع من إطعام السائل وسائر التصرفات وهي ممتنعة بالاتفاق»[2].

قلت: إن أراد بذلك القدر الزائد على ما أتيح له في العادة مما قدم له فغريب، وإن أراد مطلقًا حتى إنه إذا أراد أن يحرم نفسه ويطعم ذلك المقدار الذي كان يكفيه لو أكل لغيره، فقد علمت الخلاف فيه في البيع والهبة، ولا شك أن مَن يجوِّزهما يجوِّز إطعام ذلك القدر للسائل، وحمله إلى بيته.

وأما إلزام ابن الصباغ للشيخين بأخذ جميع ما قدم إليه، ونقله إلى بيته، فلا يلزم إلَّا إذا كان مأذونًا فيه جميعه، وحينئذٍ يلتزمه، وكل ذلك جره القول بالملك.

وأما القول المختار: أنه لا يملك، فلا يرد عليه شيء من الإشكالات،

---

(١) زيادة لا بد منها وضعناها من «فتح العزيز».
(٢) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٣).

وقد تقدم أنه يجوز إذا علم رضى المالك أن يأخذ من الطعام المقدم إليه، قال الرافعي: «ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه، وبحال المضيف والدعوة، وإن تردد في أنه هل يقع في محل المسامحة، بعد أشاروا فيه إلى وجهين، والظاهر التحريم.

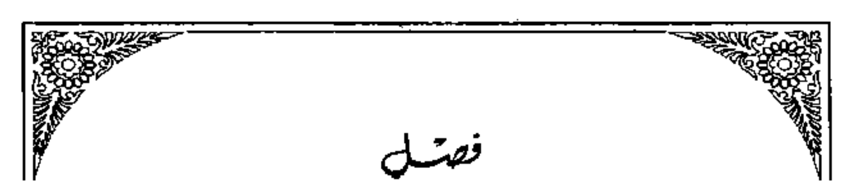
وليس للضيف أن يلقي لقمة إلى هرة إلا إن علم برضا المالك، ويجوز أن يلقم الأضياف بعضهم بعضًا إلَّا إذا فاوت بينهم في الطعام؛ وليس للذين خصوا بنوع أن يطعموا منه غيرهم»[1]، هكذا قال الرافعي، وينبغي إذا دلت قرينة الحال على أنهم خصوا بذلك تكريمًا لهم ولا غرض للمالك في حرمان الآخرين أنه يجوز قالوا: ويكره للمضيف أن يفعل ذلك.

وهذه المسألة مع مسائل من أخواتها ذكرها الرافعي، وكثير من الأصحاب في باب الوليمة، والمصنف ﵀ [١٣٩/ب] ذكرها هنا لمشابهتها القرض في التسليط على الإتلاف، وفي الخلاف من بعض الوجوه؛ فإن القائل بالملك بالتناول نظير القول بأنه يملك بالقرض، والقائل بالبلع نظير اعتبار التصرف.



(١) فتح العزيز ط العلمية (٨/ ٣٥٣).

قال:



فصل

[المال المقترض]

ويجوز قرض كل ما يملك بالبيع، ويضبط بالوصف؛ لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه في الذمة، فجاز فيما يملك، ويضبط بالوصف، كالسلم.

وأما ما لا يضبط بالوصف، كالجواهر، وغيرها، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، وما لا يضبط بالوصف لا مثل له.

والثاني: يجوز [لأن ما لا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة والجواهر كغيرها في القيمة ولا يجوز](١) إلَّا في مال معلوم القدر، فإن أقرضه دراهم لا يعلم وزنها أو طعامًا لا يعرف كيله لم يجز؛ لأن القرض يقتضي رد المثل، فإذا لم يعلم القدر لم [يمكن](٢) القضاء.



الشرح

هذا ضابط المال الذي يجوز قرضه، وطرده لا خلاف فيه، ولا يستثنى من ذلك إلَّا الجواري على ما سيأتي، وخالف أبو حنيفة(٣) في قرض الحيوان كما خالف في السلم فيه، وقد صح في «مسلم»(٤) أن رسول الله ﷺ:

---

(١) ما بين المعقوفين أثبتناه من متن المهذب (ص: ١٨٦). وهو ساقط من الناسخ نقل نظر.
(٢) في المخطوطة: «يكن»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٥)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦١).
(٤) مسلم (١٦٠٠).

«اسْتَسْلَفَ مِنْ رَجُلٍ بَكْرًا»، فلا وجه لمنع ذلك.

وعن أحمد[١] أنه لا يجوز قرض العبيد والإماء، وعكسه فيه الوجهان اللذان حكاهما المصنف، **والأول منهما**: القائل بالمنع هو الأصح[٢] الذي جزم به في «التنبيه»[٣]، وبه قال صاحب «التلخيص»، والقاضي الحسين، ونسبه الماوردي[٤] إلى البصريين، والإمام[٥] إلى جماهير الأصحاب.

والثاني: قول البغداديين، وجعلوا ضابط ما يجوز قرضه ما يجوز بيعه، حتى جوزوه في المعجونات من طيب أو دواء.

ويجتمع من كلام الأصحاب في هذه المسألة ثلاث طرق: إحداها: هذه، وقد بنى القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما من العراقيين، والغزالي[٦]، وغيره من الخراسانيين الوجهين في ذلك على أن الواجب في المتقوم القيمة أو المثل الصوري، فإن قلنا بالأول جاز، وإلَّا فلا، وظاهر كلام المصنف هنا على ذلك، وهذه الطريقة هي المشهورة.

والثانية: القطع بالمنع.

وهي مقتضى كلام المصنف في «التنبيه»[٧]، فإنه جزم بذلك مع ذكره الخلاف في أن ما لا مثل له هل يجب فيه القيمة أو المثل؟ ولعل مأخذها أن إيجاب القيمة يختص بالمتقوم الذي يضبط بالوصف.

أما ما لا ينضبط، فتجويز قرضه يؤدي إلى نزاع بعد التلف؛ فيمنع كما

---

(١) انظر: الفروع مع التصحيح (٦/ ٣٤٧)، المبدع (٤/ ٩٤)، الإنصاف (٥/ ٩٩).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣)، تحفة المحتاج (٥/ ٤٤)، نهاية المحتاج (٤/ ٢٢٢).
(٣) التنبيه (ص: ٩٩).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٤).
(٥) نهاية المطلب (٦/ ٥٥).
(٦) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٢).
(٧) التنبيه (ص: ٩٩).

يمنع أن يكون رأس مال السلم على أحد القولين، لاسيما إذا قلنا بما قاله الإمام[١] من أن القرض [١/١٤٠] رخصة حائدة عن القياس بمقتضى ذلك ألَّا يجوز إلَّا فيما ورد ولم يرد السلم في مثل ذلك.

والثالثة: القطع بالجواز وهي طريقة الشيخ أبي حامد، والمحاملي، وسليم، والبندنيجي، فإنهم جزموا بالجواز في «الجواهر»، وأنها تضمن بالقيمة، وحكوا القولين فيما يضمن به القرض إذا كان مما لا مثل، ويمكن ضبطه بالصفة، وهذه الطريقة لا بأس بها، فإن منع السلم فيها؛ لعزة الوجود وذلك لا يمنع ثبوت قيمتها في الذمة، ولم يقم دليل على أن المتقوم مطلقًا يضمن بالمثل الصوري؛ بل ذلك في المتقوم المضبوط بالصفة الذي يمكن ثبوته في الذمة.

ولا تنافي بين نقل هذه الطريقة عن أبي حامد، وبين ما نقل من اختياره أن المتقوم يضمن بالقيمة، ولم يصر أحد إلى أنها تضمن بمثلها، فإن ما لا يضبط وصفه لا يمكن تضمينه بالمثل، وسيأتي فيما إذا شرط رد المثل، وفي قرض الخبز كلام، والحنطة المختلطة بالشعير كالجواهر على ما قاله المصنف في «التنبيه»[٢]، والماوردي في «الحاوي»[٣].

وحُكي في «الحاوي» الخلاف فيها فمن جوز قرضها ضمنها بالقيمة، وهو عجيب.

قال: كلًّا من الحنطة والشعير مثلي، وعند اجتماعهما يضمن بالقيمة، وذكر صاحب «التتمة» ثم الرافعي[٤] عنه في كتاب «الشفعة» ما يقتضي أنه

---

(١) نهاية المطلب (٦/ ٥٥).

(٢) التنبيه (ص: ٩٩).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٤).

(٤) فتح العزيز (٥/ ٥٠٨).

يجوز قرض شقص من دار، والذي جزم به الماوردي أن العقار لا يجوز قرضه، والأقرب تخريج قرض العقار على قرض الجواهر؛ بل أولى بالمنع؛ فإنه لا مثل له.

فإن أوجبنا في القرض المثلي الصوري امتنع وإلَّا جاز، أما الشقص إذا كان لا يزيد على النصف؛ فله مثل فيصح قرضه على الوجهين، وبهذا يصح الجمع بين كلام المتولي والماوردي، ولكن لم أرَ مَنْ صرح بذلك.

وأما المنافع، فقال صاحب «التتمة»: «قرضها جائز عندنا حتى لو قال: أقرضتك منفعة عبدي أو داري شهرًا وسلم العين إليه صار مستحقًّا للمنافع يتصرف فيها، فلو أراد أن يسترد منه قبل أن يستوفي حكمه حكم ما لو أقرضه عين مال، وكانت قائمة في يده».

وقال القاضي حسين في كتاب الغصب من «تعليقه»: «إنه لا يجوز قرض منافع الدار»، وأطلق في «الفتاوى»: «أنه لا يجوز قرض المنافع؛ لأنه لا يجوز السلم فيها»، وقد قدمنا في باب السلم أنه يجوز السلم في المنافع، وهو يشهد لما قاله صاحب «التتمة» لكن رد المثل في منفعة العقار غير ممكن؛ فليمتنع قرضه على قولنا: إن الواجب رد المثل.

وأما منفعة العبد وشبهه فالأقرب أن ذلك مما يمكن فيه رد المثل [١٤٠/ب] الصوري؛ فيصح بصحة السلم فيه؛ فتلخص من هذا صحة: اعتبار القرض بالسلم طردًا وعكسًا، كل ما صح السلم فيه صح قرضه إلَّا الجواري على ما سيأتي.

وهذا لا خلاف فيه، وكل ما لا يصح السلم فيه لا يصح قرضه على الأصح، وهذه العبارة وإن كانت موافقة لعبارة «التنبيه»، فعبارة «المهذب» أحسن منها؛ لأن السلم لا يصح إلَّا في دين، والقرض لا يشترط أن يكون دينًا؛ بل الغالب أن لا يكون إلَّا في عين.

ولولا المصنف ذكر أنه يجوز في الدين؛ لكان يسبق إلى الذهن منعه، فلذلك حسنت عبارة «المهذب»؛ لأن الذي يملك بالبيع، ويضبط بالوصف يشمل العين، والدين، وإقراض الشاة مع نتاجها، كإقراض الجواهر فيها الوجهان، كذا في «التتمة».

وفي إقراض الخبز وجهان، سنذكرهما في كلام المصنف.

وفي إقراض الخمير وجهان في «التتمة» وغيرها، وبالجواز قال ابن سريج لجريان العادة به، والاعتبار بالوزن كالخبز، وفي «فتاوى» القاضي حسين: لا يجوز إقراض الروبة؛ لأنها تختلف بالحموضة.

قال: ولا يجوز إقراض ماء القناة؛ لأنه مجهول، وقد احترز المصنف بقوله: عقد من الشفعة. وبقوله: تمليك من الكتابة، إذا لا يجوز ذلك إلّا في الدقيق، وبقوله: يثبت العوض فيه من الوقف. وبقوله في الذمة من القراض والمساقاة، وبقوله: فجاز فيما يملك من الكلب، وبقوله: يضبط بالوصف من الجواهر.

وأما قوله: «ولا يجوز إلّا في مال معلوم القدر...» إلى آخره، فاعلم أن كون المال معلومًا لابد منه، فإن كان مثليًّا أو متقومًا، وقلنا: الواجب فيه المثل الصوري، فيشترط معرفة قدره وصفته، ويصير ذلك، كالمسلم فيه.

وإن قلنا: الواجب القيمة، قال الماوردي: «فيشترط معرفة قيمته، ولا اعتبار بمعرفة قدره، ولا صفته»[1]؛ فينبغي أن يحمل إطلاق المصنف والرافعي وغيرهما على هذا التفصيل.

ومن هذا تعلم أن الشرط هنا، إنما هو العلم بما يجب على المستقرض، وهو نظير المسلم فيه، فإن كان الواجب المثل كان معرفته بمعرفة المال

---

(١) الحاوي الكبير (١٨/ ١١٤).

المقرض؛ فاشترطنا لذلك.

وإن كان الواجب القيمة لم يشترط، ولا يخرج على الخلاف في رأس المال السلم؛ لأن مأخذ الوجوب هناك أنه قد ينفسخ السلم ورأس المال تالف؛ فيحصل النزاع، والنزاع هنا مأمون؛ لأن الواجب القيمة على كل تقدير.

وقد علمت فاعلم ذلك؛ فإنه قد وقع في كلام ابن الرفعة أن المقرض لابد من وصفه اتفاقًا، وإن قلنا: لا تجب وصف [١٤١/أ] رأس مال السلم؛ لأنه يحتاج إلى رد بدله قطعًا، إما مِثلًا، وإما قيمة، فاحتجنا إلى ذكر وصفه كما في المسلم فيه، والأمر بالعكس مما قال لما عرفت.

وحيث اشترطنا العلم بالقدر والصفة؛ فالصفة معتبرة بحسب اعتبارها في السلم، وأما القدر، فبالكيل في المكيل والوزن في الموزون، والذرع في المذروع، والعد في المعدود؛ فلو أقرضه جزافًا لم يجز لما ذكره المصنف.

ولو أقرض المكيل وزنًا؛ فإن لم يكن ربويًّا جاز، وإن كان ربويًّا فوجهان، الجواز قول أبي حامد المروزي، والقاضي حسين؛ لأنه عقد إرفاق لا يراعى فيه ما في المعاوضات، وبالمنع فالقفال، ولو أقرض الموزون كيلًا، فإن لم ينحصر في المكيال، كالقطن، والكتّان، لم يصح، وإن انحصر؛ فإن لم يكن رِبويًّا جاز، وإن كان رِبويًّا فعلى الوجهين.

وأطلق الرافعي[١] عن القفال منع إقراض المكيل وزنًا من غير تفصيل بين الربوي وغيره متمسكا بأن القرض يقتضي استواء البدل والمبدل، بخلاف السلم.

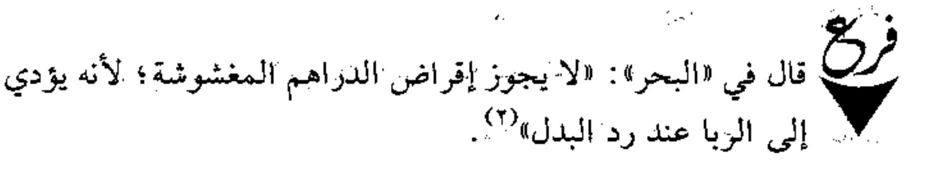
قال: «وزاد فقال: لو أتلف مائة مَنًّا من حنطة ضمنها بالكيل، ولو باع

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٦٧-٣٦٨).

شقصًا مشفوعًا بمائة من الحنطة ينظر كم هي بالكيل، فيأخذ الشفيع بمثلها كيلًا.

قال الرافعي: والأصح في الكل الجواز»[١]، ولم يفرق الرافعي بين الربوي وغيره، وكذلك في «التهذيب».

ونقل عن الحسن، وابن سيرين، والأوزاعي: أنه إذا استقرض دراهم عددًا رد عددًا، وإن أخذها وزنًا ردها وزنًا، وفعل ذلك أيوب أخذ من حماد ابن زيد دراهم بمكة عددًا، فأعطاها بالبصرة عددًا، واختاره ابن المنذر.



فرع قال في «البحر»: «لا يجوز إقراض الدراهم المغشوشة؛ لأنه يؤدي إلى الربا عند رد البدل»[٢].

قلت: إن لم يعرف قدر غشها، فلا يجوز للجهل بها، وإن عرف، فينبغي أن يجوز على قول أبي حامد المروروذي؛ فإنه لا يراعي الربا بين القرض وبدله، ولهذا يجوز رد الزيادة، وعلى الوجه الآخر يمتنع لأجل الربا، وقال في «البيان»: «قال الصيمري: لا يجوز قرض الدراهم المزيفة، ولا الزرنيخية ولا المجهول عليها، ولو تعامل بها الناس.

قال: ولو أقرضه دراهم أو دنانير، ثم حرمت، لم يكن له إلَّا ما أقرض، وقيل: قيمتها يوم حرمت»[٣].

فرع إقراض المثليات انعقد الإجماع على جوازه.

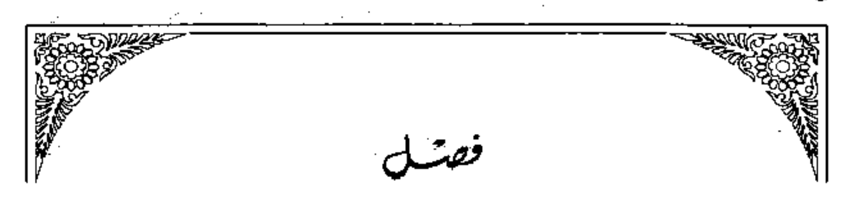
---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٦٩-٣٦٨).

(٢) بحر المذهب (٥/ ٦٩).

(٣) البيان (٥/ ٤٦١).

قال:

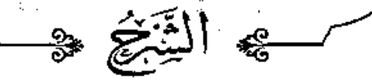


فصل

[استقراض الجارية]

ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها، ولا يجوز لمن يملك وطأها، وقال المزني: يجوز؛ لأنه عقد يملك به المال، فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها؛ كالبيع والهبة، والمنصوص [١٤١/ب] هو الأول؛ لأنه عقد إرفاق جائز من الطرفين؛ فلا يستباح به الوطء كالعارية.

ويخالف البيع والهبة؛ فإن الملك فيهما تام؛ لأنه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك، والملك في القرض غير تام؛ لأنه يجوز لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ، فلو جوزناه فيمن يحل وطؤها أدى إلى أن يكون الوطء في ملك غير تام، وذلك لا يجوز.



الشرح

قال الشافعي في «الأم» في باب بيع العروض: «وإنما كرهت استسلاف الولائد؛ لأن من استسلف أَمَةً كان له أن يردَّها بعينها، فإذا كان له أن يردها بعينها وجعلته مالكًا لها بالسلف جعلته يطؤها ويردها، وقد حاط الله جل ثناؤه، ورسوله ﷺ، والمسلمون الفروج فجعل المرأة لا تُنكح، والنكاح حلال إلَّا بولي وشهود.

ونهى رسول الله ﷺ أن يخلو بها رجل في حضر أو سفر، ولم يحرم ذلك

في شيء مما خلق الله غيرها، وجعل الأموال مرهونة ومبيعة بغير بينة، ولم يجعل المرأة هكذا، حتى حاطها فيما أحل الله لها بالولي والشهود؛ ففرقنا بين حكم الفروج وغيرها بما فرق الله ورسوله، ثم المسلمون بينها»[١].

وهذا النص من الشافعي رضي الله عنه منطوقه: منع القرض في الجارية التي تحل للمستقرض، ومفهومه: جوازه في التي لا تحل له؛ إما بسبب، أو رضاع، أو مصاهرة، أو بأن تكون المستقرضة امرأة، وهذا هو الصحيح من المذهب في الطرفين، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وادعى في كلٍّ من الطرفين أنه لا يختلف المذهب فيه، وهو قول البغداديين من الأصحاب.

وقال المزني، وداود وابن جرير: يجوز مطلقًا، وهو القياس عند الإمام[٢]، والغزالي[٣]، ونقلاه عن نصه، والأكثرون إنما نقلوه وجهًا عن بعض، وقد وقع في تعليق القاضي أنه أظهر، وأن المنع قول، ولعل ذلك انقلب على الناسخ.

وأنكر الماوردي[٤] أن يكون ذلك قولًا ثانيًا، وادعى أن منصوصات الشافعي كلها دالة على التحريم، وغيره من العراقيين يقول: إن نصوصه قديمًا وجديدًا على ذلك.

وقال البصريون من أصحابنا: إنه يمتنع مطلقًا في المحرم وغيرها، سواء كان المقترض رجلًا أم امرأة؛ لأنهن يصرن جنسًا لا يجوز قرضه، قال الروياني: «وهذا ضعيف غريب»[٥]، ولم يحك القاضي حسين، والإمام،

---

(١) الأم (٣/ ٣٧).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٤٩).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٢).
(٤) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٣).
(٥) بحر المذهب (٥/ ٧٠).

والغزالي، والرافعي، وكثير من الأصحاب هذا الوجه؛ بل جزموا بالجواز في المحرم مصرحين بأنه لا خلاف فيها، وجعلوا الخلاف فيمن يملك وطأها، قال الرافعي: قال الأصحاب: «وهما مبنيان على أن القرض لم يملك، وفي كيفية البناء طريقان [١/١٤٢] .

قال قائلون: إن قلنا بالقبض، جاز، وإلَّا فلا، لما في إثبات اليد من غير مالك من خوف الوطء، وعن الشيخ أبي علي إن قلنا بالقبض، لم يجز؛ لأنه إذا ملكها ربما يطؤها، ثم يردها، فيكون في صورة إعارة الجواري للوطء.

وإن قلنا: لا يملك بالقبض، فيجوز، وفيما حكى عن نصه في الجديد رمز إلى هذه الطريقة»[(١)].

قلت: وما حكيته عن نصه في «الأم»[(٢)] صريح في رد الطريقة الأولى، وشاهد؛ لأنا إذا قلنا: يملك بالقبض لا يجوز، أما إذا قلنا: يملك بالتصرف بلا دليل فيه للقول بالجواز عليه، والذي يتجه أن يقال: إنا إذا قلنا: يملك بالتصرف.

فإن قلنا: التصرف المعتبر ما يستدعي الملك، أو ما يتعلق بالرقبة فالحكم بالتحريم مستمر؛ لأنه قد يؤجرها أو يرهنها، ثم بعد انقضاء الرهن والإجارة يطؤها، ويستردها المقرض، فيكون المعنى المحذور قائمًا.

وإن قلنا: التصرف المعتبر ما يزيل الملك، فيحتمل أن يقال بالجواز، ويحتمل أن يقال بالمنع؛ لإثبات اليد من غير مالك، وهو محذور ولا شك أن القول بالجواز مخالف لنص الشافعي؛ فلأجل ذلك يضعف مأخذه.

وحكى صاحب «البيان»: «أن الطبري حكى عن بعض أصحابنا الخراسانيين:

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٥٩-٣٦١).

(٢) الأم (٣/ ٣٧).

أنه يجوز قرضها، ولا يحل للمستقرض وطؤها»[1]، وقد رأيته في «العدة»، وهو غريب، وقد وافقنا مالك[2] رَحِمَهُ اللَّهُ على منع قرض الجواري.

قال في «الموطأ»: «الأمر المجتمع عليه عندنا، أنه من استسلف شيئًا من الحيوان بحلية وصِفة معروفة، فإنه لا بأس بذلك، وعليه أن يرد مثله، إلَّا ما كان من الولائد؛ فإنه يُخاف في ذلك الذريعة إلى إحلال ما لا يحل، ولا يصلح، وتفسير ما كره من ذلك أن يستسلف الرجل الجارية، فيصيبها ما بدا له، ثم يردها إلى صاحبها بعينها؛ فهذا لا يصلح، ولم يزل أهل العلم ببلدنا ينهون عن ذلك، ولا يرخصون فيه لأحد»[3].

هذا كلام مالك رَحِمَهُ اللَّهُ، وهو ظاهر على قولنا بالذرائع، أما الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه لا يقول بها؛ ولذلك ألزمه المزني القول بالجواز، لكنه في «الأم» في باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسيئة بعد أن بحث وقرر السلم في الحيوان قال: «قال محمد بن الحسن: فإن صاحبنا قال: إنه يدخل عليكم خصلة تتركون فيها أصل قولكم، أنكم لم تجيزوا استسلاف الولائد خاصة، وأجزتم بيعهن بدين، والسلف فيهن.

قال: قلت: أرأيت لو تركنا قولنا في خصلة واحدة، ولزمناه [١٤٢/ب] في كل شيء أكنا معذورين، قال: لا. قلت: لأن ذلك خطأ؟! قال: نعم. قلت: فمن أخطأ قليلًا أمثلُ حالًا أم من أخطأ كثيرًا؟

قال: بل من أخطأ قليلًا، ولا عذر له. قلت: فأنت تقر بخطأ كثير، وتأبى أن تنتقل عنه، ونحن لم نخطئ أصل قولنا إنما فرقنا بينه، أرأيت إذا اشتريت

---

(١) البيان (٥/ ٤٦٢).

(٢) انظر: حاشية الخرشي (٥/ ٢٢٩)، مواهب الجليل (٦/ ٥٢٩)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٢).

(٣) موطأ مالك (٤/ ٩٨٤-٩٨٥).

جارية موصوفة لم أملك عليك إلَّا الصفة، وإذا أسلفتك جارية لي آخذها منك بعد قبضها فلك أن تطأ جارية متى شئت أخذتها فبذلك المعنى فرقت بينها.

قال: فلم لم يَجز أن يسلفها؛ فإن وطئها لم يردها، ورد مثلها؟ قلت: أيجوز أن أسلفك شيئًا ثم تمنعني منه، ولم يفت. قال: لا. قلت: فكيف تجيز إن وطئها ألَّا يكون لي عليها سبيل، ولو جاز لم يصح فيه قول؛ لأني إذا سلطته على إسلافها، فقد أبحت فرجها للذي سلفها؛ فإن لم يطأها حتى يأخذها السيد أبحته، للسيد فكان الفرج حلالًا لرجل ثم حرم عليه بلا إخراج له من ملكه ولا تمليكه رقبة الجارية غيره، ولا طلاق، وفرق الكتاب والسنة بين آيات البهائم وبين النساء.

قال: أفتقول بالذريعة؟! قلت: لا، ولا معنى للذريعة إنما المعنى في الاستدلال بالخبر اللازم أو قياس عليه أو [المعقول][1]»[2].

هذا تلخيص كلام الشافعي، وقد قاس الأصحاب ذلك على الوطء في زمان الخيار، وادَّعَوْا أن ملك المقبوض ضعيف لتسلط كل منهما على الفسخ.

وإذا لم يفد القرض حل الوطء، وهو من أعظم الانتفاعات المقصودة لم يصح؛ لأنه يصير كالفاسد، وأجابوا عن وطء الابن الجارية الموهوبة، فإنه ليس قادرًا على ردها، بل الأب فقط، وهاهنا كل منهما قادر على الرد وعن جعلها رأس مال في جارية إذا جوزناه بأن ملكه تام يبيح الوطء وعن شراء الجارية المحرم، فإن تحريمها من جهة الشرع لا من جهة ضعف الملك.

وعن منع المكاتب من وطء جاريته، بأن ذلك لحقِّ السيد، حتى إذا زال

---

(١) في المخطوطة: «المفعول» والمثبت من «الأم» (٣/ ١٢٤).

(٢) الأم (٣/ ١٢٣-١٢٤). باختصار.

حق السيد جاز، فليس المنع هنا إلَّا لضعف الملك، فلا ينبغي أن يصحح المقضي إليه، وبعد ذلك في المسألة إشكال على من لا يقول بسد الذرائع إلَّا أن يقوم دليل على المنع، وفي كلام الإمام[١] أنه ورد في ذلك آثار عن الصحابة تبعها الشافعي، فإن صح ذلك فجيد، ولكن لم أقف عليه.

فرع الخنثى كالمرأة في استقراض الجارية؛ قاله النووي في «شرح مسلم»[٢] وفيه نظر قد يصير واضحًا فيطؤها، فيردها.

تنبيه:

احترز المصنف بقوله: «يملك به المال» من استئجار الجارية للوطء.

وبقوله: «عقد إرفاق» من البيع.

ويقوله: «جائز من الطرفين» من [١٤٣/أ] النكاح.

* * *

(١) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٠).

(٢) شرح النووي على مسلم (١١/ ٣٧).

قال:

وإن أسلم جارية في جارية، ففيه وجهان، قال أبو إسحاق: لا يجوز؛ لأنا لا نأمن أن يطأها، ثم يردها عن التي يستحقها عليه، فيصير كمن أقرض جارية ووطئها ثم ردها.

ومن أصحابنا من قال: يجوز، وهو المذهب؛ لأن كل عقد صح في العبد بالعبد، صح في الجارية بالجارية كالبيع.



صحح الجرجاني المنع.

وصحح المتولي، والرافعي[1]، وغيرهما: الجواز موافقة للمصنف، وقاسوه على إسلام صغار الإبل في كبارها، ومقتضى كلامهم وكلام المصنف أن ذلك مجزوم به، وبذلك صرح المحاملي في «التجريد»، قال: فإن أسلم البعير في البعير، والشاة في الشاة جائز بلا خلاف، لكنا حكينا في الباب المتقدم عن الروياني[2] وجهًا بالمنع مطلقًا حتى يختلف رأس المال مع المُسَلَّمِ فيه.

وقد نقلوا عن أبي إسحاق أنه احتج بأمرين:

أحدهما: ما ذكره المصنف.

والثاني: أنه يصير الثمن والمثمن واحدًا، فأما العلة الثانية فإنها تقتضي طرد الوجه كما نقله الروياني، ولكنه بعيد ضعيف لا دليل عليه، وأما العلة الأولى وهي القياس على القرض فهو قوي، لكن الأصحاب ردوا ذلك

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٩٣).

(٢) بحر المذهب (٥/ ١٧١).

بالجارية المبيعة إذا ردت بعيب، وقد وطئت وهي ثيب وفيه نظر؛ لأن بعد الاطلاع على العيب لا يمكنه من الوطء مع الرد.

والمحذور الذي لحظه الشافعي أن يطأ في حالة يجوز الرد فيها، لكن في القرض كل منهما متمكن من الرد، وفي السلم المتمكن هو المسلم إليه فقط؛ لأن له أن يوفي من غيرها، فهو عكس الولد الموهوب له.

فإن كان المانع له هو جواز الرد من الطرفين، جاز السلم، ولم يشكل الوطء فيه ولا في الموهوبة.

وإن كان المحذور يُمكن الواطئ من الرد فهو حاصل في السلم؛ فيقوى قول أبي إسحاق، وإن كان المحذور يمكن غير الواطئ أشكل بالهبة.

ولم يترجح عندي شيء من ذلك، والترجيح في هذه المسألة يتوقف على تحرير هذا المأخذ.

والمصنف أطلق إسلام الجارية في الجارية، والرافعي[1] وغيره فرضوها في إسلام جارية صغيرة في جارية كبيرة.

وقال ابن الصباغ: إنه لا فرق بين الصغيرة والكبيرة، والأمر كما قال؛ ولذلك أطلق المصنف.

نعم، لابد أن يكون الذي جعلها رأس مال يصفه المسلم فيه أو يؤول إلى ذلك، مثل أن يسلم في جارية مضبوطة الصفات بنت سبع في جارية يصفها بنت تسع إلى سنتين؛ فإذا حل كانت هذه الجارية بصفة المسلم [١٤٣/ب] ⇑ فلو لم يكن كذلك كما لو أسلم زنجية في تركية، أو تركية بوصف في تركية بوصف آخر، فلا يمتنع، ولذلك قال الفراقي: [إن][2] كلام المصنف يحتاج إلى تقييد.

---

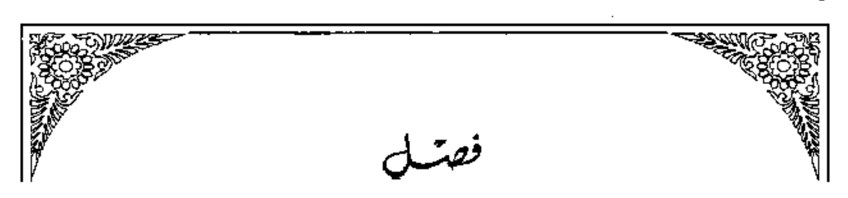
(١) فتح العزيز (٩/ ٢٩٤).

(٢) وردت في المخطوطة: «أو»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

نعم، التي جعلها رأس المال أجود في الوصف أو في النوع، وقلنا: بالإجبار على قبولها، فقد يقال: يطرد المنع لوجود المعنى.



قال:



فصل

[المنفعة في القرض]

ولا يجوز قرض جر منفعة، مثل أن يقرضه ألفًا على أن يبيعه داره، أو على أن يرد عليه أجود منه، أو أكثر منه، أو على أن يكتب له بها سفْتَجة [يربح فيها خطر][1] الطريق.

والدليل عليه: ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ سَلَفٍ وَبَيْعٍ». والسلف هو القرض في لغة أهل الحجاز، ورُوِيَ عن أبي بن كعب، وابن مسعود، وابن عباس ﷺ نهوا عن قرض جر منفعة؛ ولأنه عقد إرفاق، فإذا شرط فيه منفعة خرج عن موضعه.



الشرح

حديث عمرو بن شعيب رواه أبو داود[2]، والترمذي[3]، والنسائي[4]. ولفظه: «**لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ**»، وقال الترمذي: «حسن صحيح»[5]، قال المنذري: يشبه أن يكون صححه؛ لتصريحه بذكر عبد الله بن عمرو،

---

(١) في المخطوطة: «يربح بها لخطر»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) (٣٥٠٦).

(٣) (١٢٣٤).

(٤) في الكبرى (٦١٦٠).

(٥) (١٢٣٤).

ويكون مذهبه في الامتناع من الاحتياج؛ لحديث عمرو بن شعيب، إنما هو للشك في إسناده، فإذا صرح بعبد الله انتفى ذلك، يعني، وها هنا صرح كما هو في السنن، وإن كان المصنف لم يذكره.

وقد صح سماع شعيب من جده عبد الله [بن][1] عمرو في أثر صحيح صريح، رواه الدارقطني في «سننه»[2]، والحاكم في «المستدرك»[3] في آخر كتاب البيوع، وابن أبي شيبة في «مصنفه»[4].

وقال الإمام أحمد وغيره: صح سماع عمرو من أبيه شعيب، وسماع شعيب من جده[5].

وقال البخاري: رأيت علي بن المديني، وأحمد بن حنبل، والحميدي، وإسحاق بن راهويه، يحتجون به[6]، يعني: عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وقد ذكر النووي في أول هذا «المجموع»[7]: أن المصنف في «اللمع»[8]

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من المخطوطة.
(٢) (٣/ ٧٤). (٣) (٢١٨٥).
(٤) (٢٢٤٧١).
(٥) روى الحاكم في المستدرك (٢/ ٥٤) بإسناده عن محمد بن علي بن حمدان الوراق، قال: قلت لأحمد بن حنبل: عمرو بن شعيب سمع من أبيه شيئا؟ فقال: هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو، وقد صح سماع عمرو بن شعيب من أبيه شعيب، وصح سماع شعيب من جده عبد الله بن عمرو.
(٦) روى الدارقطني في سننه (٣/ ٥١) بإسناده عن أحمد بن تميم، قال: قلت لأبي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري: شعيب والد عمرو بن شعيب سمع من عبد الله بن عمرو، قال: نعم. قلت له: فعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده يتكلم الناس فيه. قال: رأيت علي بن المديني، وأحمد بن حنبل، والحميدي، وإسحاق بن راهويه، يحتجون به.
(٧) المجموع شرح المهذب (١/ ٦٥).
(٨) اللمع في أصول الفقه (ص: ٣٣٨-٣٣٩).

وغيره من أصحابنا اختاروا عدم الاحتجاج به، وترجح عنده في حال تصنيف «المهذب» جواز الاحتجاج به، كما قاله المحققون من أهل الحديث.

وقول المصنف: السلف: القرض في لغة أهل الحجاز، ويدخل في النهي عن سلف وبيع أمران؛ أحدهما: البيع بشرط السلف؛ كقوله: بعتك أن تقرضني أو أقرضك، فإن ذلك يفضي إلى جهالة الثمن في البيع، وإلى جر منفعة بسبب السلف.

والثاني: السلف بشرط البيع، كقوله: أقرضتك بشرط أن تبيعني كذا، وهذا هو المقصود هنا، وفي معناه السلف بكل شرط يجر نفعًا قياسًا على البيع المشروط [١٤٤/أ] ⇑ في السلف.

ويدخل في النهي ما يعتاده كثير من المتخلفين في هذا الزمان من أصحاب الأملاك؛ ترغيبًا في إيجارها بزيادة، يبذلون للراغب في استئجارها نسيئًا يسمونه: التقوية، فيستأجر بأزيد من القيمة، بحيث لو لم [يبذل][1] له ذلك لما استأجر بتلك الأجرة، فليحذر من ذلك. نبهت على ذلك؛ تحذيرًا منه وممن يشك فيه. وإذا وقع ذلك على سبيل الشرط؛ فهو حرام بالإجماع.

وإن وقع من غير شرط في اللفظ، فأكثر العلماء على تحريمه، وعندنا مكروه، والرواية عن أُبي، وابن مسعود، وابن عباس، في «المعرفة»[2] للبيهقي، وكذلك عن فضالة بن عبيد، وعبد الله بن سلام، وعبد الله بن عمر بن الخطاب، كلهم قالوا: كل قرض جر منفعة، فهو وجه من وجوه الربا.

وعن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «**مَنْ أَسْلَفَ سَلَفًا فَلَا يَشْتَرِطْ عَلَى صَاحِبِهِ غَيْرَ قَضَائِهِ**»، هكذا رواه الدارقطني[3] مرفوعًا.

---

(١) جاءت في المخطوطة: «يدل»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) معرفة السنن والآثار (٨/ ١٦٩).

(٣) سنن الدارقطني (٣/ ٤٦).

والذي رواه مالك[١] موقوفًا على ابن عمر، وهو الصحيح، ورفعه ضعيف جدًّا.

قال البيهقي[٢]: ليس بشيء.

وقال ابن عمر: «السَّلَفُ عَلَى ثَلَاثَةِ وُجُوهٍ: سَلَفٌ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ فَلَكَ وَجْهُ [اللَّهِ][٣] وَسَلَفٌ تُرِيدُ بِهِ وَجْهَ صَاحِبِكَ فَلَكَ وَجْهُ صَاحِبِكَ، وَسَلَفٌ تُسْلِفُهُ لِتَأْخُذَ خَبِيثًا بِطَيِّبٍ فَذَلِكَ الرِّبَا»[٤].

وعن ابن مسعود فيمن استسلف من رجل على أن يُعيره ظهر فرسه قال: «مَا أَصَابَ مِنْهُ فَهُوَ رِبًا»[٥].

وقول المصنف: «على أن يراد[٦] عليه أجود منه»؛ أي [في][٧] الوصف كرد الصحيح عن المكسر، والجيد عن الرديء.

وقوله: «إذا كثر»؛ أي: في القدر وهو إن كان المال ربويًّا ممتنع بلا خلاف، وإن لم يكن ربويًّا، فوجهان **أصحهما**: المنع.

والثاني: يجوز لقول ابن عمرو بن العاص: «فَكُنْتُ آخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ»[٨]. ولا دليل فيه؛ لأن المراد به: السلم أو البيع.

ألا تراه قال: «إلى أجل»، والقرض لا يقبل الأجل، وهذا الخلاف حكاه الرافعي[٩] في زيادة القدر دون الصفة، وحكاه الماوردي[١٠] فيهما، وهو

---

(١) موطأ مالك (٤/ ٩٨٤). (٢) الكبرى (٥/ ٣٥٠).

(٣) زيادة عن المخطوط، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٤/ ٩٨٣)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٥٠) (برقم: ١١٢٥٦).

(٥) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٣٥١) (برقم: ١٠٧٢٠).

(٦) في المخطوطة: «أيرد»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٧) في المخطوطة: «في في» والصواب ما أثبتناه.

(٨) أخرجه البيهقي في الكبرى (٥/ ٢٨٧)، والحاكم في المستدرك (٢/ ٦٥).

(٩) فتح العزيز (٩/ ٣٧٧). (١٠) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٦).

مقتضى كلام الغزالي(١)، والجواز منسوب لابن أبي هريرة، والقاضي أبي حامد، وجعلاه بيعًا بلفظ القرض، ومقتضى كلام الإمام(٢) جريان الخلاف في كل شرط جر [١٤٤/ب] منفعة.

وفي هذا الإطلاق مع مأخذهما في جعله بيعا بعد، وحيث جوزنا وجعلناه بيعا، لزم الوفاء به كسائر البياعات.

وقوله: «على [أن](٣) يكتب له بها سفْتَجة»؛ أي: كتابًا لوكيله في بلد آخر؛ ليدفع إليه بدله فيوفر عليه مؤنة الحمل وخطر الطريق.

وقول المصنف: «ولأنه عقد إرفاق...» إلى آخره، لا شك فيه فيصير الشرط المذكور ينافي مقتضى العقد.

ومراد المصنف: ولا يجوز قرض شرط فيه جر منفعة فإن جر المنفعة بغير شرط لا يمتنع على ما سيأتي، ولكن المصنف أطلق العبارة إتباعًا للسلف، ثم يشرحها بعد.

وقد يقال في تأويلها: إن إيجار المنفعة هو المقتضي لها، ومتى لم يكن شروطًا فيه لا يكون مقتضيًا له، فلا يقال: إنه جر نفعًا، وإن وقع ذلك النفع تفضلًا من المستقرض، ومقتضى كلامه أن القرض يفسد بهذه الشروط؛ لأنه حكم بعدم جواز القرض، ومعناه: عدم صحته، وفي البيان وجه: أنه يبطل الشرط ويصح القرض، وهو بعيد إن ثبت.



(١) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٣-٤٥٤).

(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٢).

(٣)سقط من المخطوطة، والصواب ما أثبتناه.

قال:

فإن شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يجوز؛ لأن مقتضى القرض رد المثل، وإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافي مقتضاه؛ فلم يجز، كما لو شرط الزيادة.

والثاني: أنه يجوز؛ لأن القرض جُعِل رفقًا بالمستقرض، وبشرط الزيادة يخرج عن موضعه، فلم يجز، وبشرط النقصان لا يخرج عن موضعه فجاز.



مقتضى كلام المصنف أن الخلاف في صحة الشرط، وهو ما قال الرافعي: إن[1] إيراد بعضهم يشعر به، والذي أورده الأكثرون وقدمه الرافعي أن الخلاف في صحة العقد، والصحيح الصحة، وأما الشرط فإنه يلغو.

ومن ذلك يحصل ثلاثة أوجه؛ أصحها: صحة العقد وبطلان الشرط.

والثاني: صحتها وتعليل المصنف للوجه الثاني صالح؛ لأنه[2] يعلل به كل من هذين الوجهين.

والثالث: بطلان العقد لمنافاة مقتضاه، والأقرب أن المصنف إنما أراد صحة الشرط وفساده، فيكون الأصح في كلامه الوجه الأول.

ثم بعد ذلك يأتي في كلامه أنه إذا فسد الشرط هل يفسد العقد أو لا؟ وما ذكره مُطردًا[3] في رد المكسر عن الصحيح، والرديء عن الجيد، وأمَّا القليل عن الكثير؛ كرد تسعة عن عشرة فكلام المصنف يقتضيه، ولم أر غيره

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٧٧).

(٢) في المخطوطة: «لأن»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) وردت في المخطوطة: «مطرد»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

صرح به، ومقتضى الوجهين بتعليلهما المحافظة على حقيقة القرض.

ومقتضى الوجه الذي قدمناه في شرط الزيادة من جعله بيعًا نظرًا إلى المعنى، أن يقال هنا بالجواز في غير الربوي، ويلزم الوفاء به، وأما الربوي فإنه اشترط النقصان ⇑ [١٤٥/أ] في القدر فسد، وإن كان في الصفة صح إن وجد التقابض في المجلس.

وكذا قرضه بشرط أن يقرضه شيئًا آخر؛ فهو كشرط رد الأردأ؛ لأن المقصود به نفع المستقرض؛ فيصح على الأصح، وكذلك شرط الأجل حيث لا يكون للمقرض غرض إلا الرفق بالمستقرض، ولكن لزومه قد قيل به على وجه مقدم، أما لزوم قرض شيء آخر فما أظن أحدًا[1] يقول به.



(١) في المخطوطة: «أحد»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال:

فإن بدأ المستقرض فزاده، أو رد عليه ما هو أجود منه، أو كتب له به سفتجة، أو باع منه داره، جاز؛ لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال: استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكرًا، فجاء إبل الصدقة، فأمرني أن أقضي الرجل بكرًا، فقلت: لم أجد في الإبل إلا جملًا خيارًا رباعيًا، فقال النبي ﷺ: «أعطه فإن خياركم أحسنكم قضاء».

وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: كان لي على رسول الله ﷺ حق، فقضاني فزادني.



حديث أبي رافع رواه مسلم[1]، وأبو داود[2]، والترمذي[3]، والنسائي[4]، وابن ماجه[5]، والبكر بتخفيف الباء هو الصغير من الإبل كالغلام من الآدميين.

وقوله: رباعيًا، بتخفيف الياء؛ أي: له ست سنين ودخل في السابعة، وقد ورد في «مسلم» أيضًا من رواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قَالَ لَهُمْ: **«اشْتَرُوا لَهُ سِنًّا، فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ»**، فَقَالُوا: إِنَّا لَا نَجِدُ إِلَّا سِنًّا هُوَ خَيْرٌ مِنْ سِنِّهِ، قَالَ: **«فَاشْتَرُوهُ، فَأَعْطُوهُ إِيَّاهُ، فَإِنَّ مِنْ خَيْرِكُمْ، أَوْ خَيْرَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»**[6].

---

(١) (١٦٠٠).
(٢) (٣٣٤٨).
(٣) (١٣١٦).
(٤) (٤٦١٧).
(٥) (٢٢٨٥).
(٦) (١٦٠١).

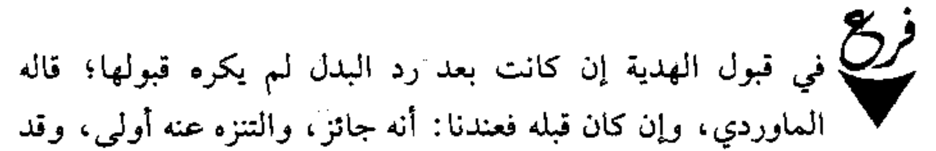
وهذه الرواية تبين أن النبي ﷺ لم يقضه من إبل الصدقة ابتداء، وإنما اشتراه منها ممن استحقه فملكه النبي ﷺ بثمنه؛ وأوفاه متبرعًا بالزيادة من ماله عما كان اقترضه لنفسه ﷺ. فهذا أحسن الأجوبة عن الحديث.

وقد قيل فيه أجوبة أخرى، وأبو رافع اسمه إبراهيم[1]، ويقال: أسلم، ويقال: هرمز، وهو مولى النبي ﷺ. وحديث جابر متفق عليه[2]، وهو قطعة من حديث الجمل.

أما الحكم فمذهبنا[3]: أنه تجوز الزيادة، وتستحب، ويجوز للمقرض أخذها سواء زاد في الصفة أو في العدد؛ بأن أقرضه عشرة فأعطاه أحد عشر، ومذهب مالك[4] أن الزيادة في العدد منهي عنها.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز ذلك في أموال الربا، ويجوز في غيره.

وكلام صاحب «البيان»[5] يقتضي طرد ذلك في زيادة القدر والصفة وكتب السفتجة حجة المذهب عموم قوله: «**أحسنكم قضاء**»، والزيادة [١٤٥/ب] في ثمن جمل جائز، وكتابة السفتجة من غير شرط جائز، كان عبد الله بن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم، ثم يكتب إلى مصعب بالعراق فيأخذونها، فسئل ابن عباس عن ذلك فلم ير به بأسًا. وروي في ذلك - أيضًا - عن علي، وهو محمول على ما إذا لم يشرط.


فرع في قبول الهدية إن كانت بعد رد البدل لم يكره قبولها؛ قاله الماوردي، وإن كان قبله فعندنا: أنه جائز، والتنزه عنه أولى، وقد

---

(١) في المخطوطة: «هيم».

(٢) البخاري (٤٤٣)، ومسلم (٧١٥).

(٣) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٤٥٢)، البيان (٥/ ٤٦٤)، فتح العزيز (٩/ ٣٧٥).

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر (٢/ ٧٢٨)، الذخيرة (٥/ ٢٨٩)، التاج والإكليل (٤/ ٥٤٧).

(٥) البيان (٥/ ٤٦٤).

روي فيه عن السلف تشديدات، وإن كانت من غير شرط، قال عبد الله بن سلام: «إِنَّ مِنْ أَبْوَابِ الرِّبَا أَنَّ أَحَدَكُمْ يُقْرِضُ الْقَرْضَ إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا بَلَغَ أَتَاهُ بِهِ وَبِسَلَّةٍ فِيهَا هَدِيَّةٌ، فَاتَّقِ تِلْكَ السَّلَّةَ وَمَا فِيهَا». رواه البخاري[١].

وعنه قال: «إِنَّكَ بِأَرْضٍ الرِّبَا بِهَا فَاشٍ، إِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ، فَأَهْدَى إِلَيْكَ حِمْلَ تِبْنٍ، أَوْ حِمْلَ شَعِيرٍ، أَوْ حِمْلَ قَتٍّ، فَلَا تَأْخُذْهُ فَإِنَّهُ رِبًا» رواه البخاري[٢].

وعن أُبي بن كعب قال: «إِنَّكَ بِأَرْضٍ الرِّبَا بِهَا فَاشٍ؛ فَإِذَا أَقْرَضْتَ رَجُلًا فَأَهْدَى إِلَيْكَ هَدِيَّةً فَخُذْ قَرْضَكَ، وَارْدُدْ إِلَيْهِ هَدِيَّتَهُ»[٣]. وهذان الأثران يمكن أن يكون التنزه عن ذلك؛ لكثرة الربا في ذلك المكان.

وعن ابن سيرين، عن أبي بن كعب، وهو منقطع أَنَّهُ أَهْدَى إِلَى عُمَرَ فَرَدَّهَا، وَكَانَ عُمَرُ رضي الله عنه أَسْلَفَهُ عَشَرَةَ آلَافِ دِرْهَمٍ[٤].

وعن ابن عباس أنه قال في رجل كان له على رجل عشرون درهمًا فجعل يهدي إليه، وجعل كلما أهدى إليه باعها حتى بلغ ثمنها ثلاثة عشر درهمًا، فقال ابن عباس: لا تأخذْ منه إلا سبعة دراهمَ.

وكان رجل سَمَّاك عليه لرجل خمسون درهمًا، فكان يهدي إليه السمك فأتى ابن عباس فسأله فقال: قاصَّه بما أهدى لك.

وروي ضعيف عن أنس أنه سئل عن الرجل يقرض أخاه فيهدي إليه، فقال: قال رسول الله ﷺ: **«إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا، فَأَهْدَى إِلَيْهِ طَبَقًا فَلَا**

---

(١) (٣٨١٤).

(٢) (٣٨١٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٨/ ١٤٣) (برقم: ١٤٦٥٢)، والبيهقي في الكبرى (٥/ ٣٤٩) (برقم: ١٠٧١٠).

(٤) سنن البيهقي الكبرى (٥/ ٣٤٩) (برقم: ١٠٧١١).

يَقْبَلْهُ أَوْ حَمَلَهُ عَلَى دَابَّةٍ، فَلَا يَرْكَبْهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ»[١].

قال البيهقي[٢]: رواه شعبة و[محمد][٣] بن دينار فوقفاه، ونقل ابن المنذر في قبول الهدية واحدًا فصَّل مما قبض ثلاثة مذاهب للعلماء: المنع، والجواز، والفرق بين أن يكونا قبل ذلك يتعاطيان الهدايا والمؤاكلة فلا بأس أن يمضيا على العادة أو لا يتعاطيانها فمكروه، وهو قول النخعي وإسحاق بن راهويه.



(١) سنن ابن ماجه (٢/ ٨١٣) (برقم: ٢٤٣٢).

(٢) سنن البيهقي الكبرى (٥/ ٣٥٠).

(٣) ما بين المعقوفين سقط، نقل من «سنن البيهقي» (٥/ ٥٧٣).

قال:

وإن عُرِفَ لرجل عادة أنه إذا استقرض [١٤٦/أ] زاد في العوض، ففي إقراضه وجهان:
أحدهما: لا يجوز إقراضه إلَّا أن يشترط رد المثل؛ لأن المتعارف كالمشروط، ولو شرط الزيادة لم يجز، وكذلك إذا عرف بالعادة.
والثاني: أنه يجوز، وهو المذهب؛ لأن الزيادة مندوب إليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد.



الثاني هو المذهب المنصوص في باب الصرف من «الأم»[١]، والأول ضعيف وشبهه الأصحاب برجل عادته أنه إذا اشترى تمرًا يطعم البائع منه؛ فإنه لا يصير بمنزلة الشرط في فساد البيع منه، وللخلاف نظائر في انتفاع المرتهن بالمرهون، وفي قطع العنب حصرمًا وغير ذلك، وعلى المذهب هل يكره إذا قصدا ذلك أو قصده المقرض؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: يكره؛ لأنهما لو صرحا باشتراط ذلك بطل، فإذا أضمراه كره كما في مسألة الضَّبَّةِ.

والثاني: لا يكره، وهو المنقول عن أبي حامد، قال: وإيراد صاحب «التتمة» يقتضي أن الخلاف في كراهة القرض، وإيراد غيره يقتضي أن الخلاف في أنه هل يكره للمقرض أخذ الزيادة والموردون لذلك، منهم ابن الصباغ جزم بالكراهة من غير اشتراط قصد بل اكتفاء بالعادة، وكونه جَرَّ منفعةً، والشيخ أبو حامد، قال: لا يكره؛ لأنه معروف.

ومن مجموع كلامهم يؤخذ إطلاق في القسمين [أنه][٢] هل يكره

(١) الأم (٣/ ١٢٤).
(٢) في المخطوطة: «أنه أنه»، والصواب ما أثبتناه.

للمقرض أن يقرض، وأن يأخذ الزيادة، والتحقيق أنه إن وجد القصد من المقرض كره له الإقراض، وأخذ الزيادة إن أقرض لما قلناه، وإن لم يوجد منه قصد فلا يكره، أما المستقرض فالذي ينبغي القطع بأنه لا يكره له، ولو وجد منه القصد؛ لأن ذلك قصد صالح فلا يكره له بدل الزيادة، ولا الإقراض مع إضمارها، وليس كالمقرض؛ فإن المقرض إذا شرط ذلك يبطل، فإذا أضمره كره كما في مسألة العينة، والمستقرض إذا قال ذلك من نفسه من غير شرط من المقرض كان وعدًا غير مبطل؛ فلذلك لا يكره إضماره.



قال:

وإن شرط في العقد شرطًا فاسدًا بطل الشرط، وفي القرض وجهان: أحدهما: أنه يبطل لما روي أن النبي ﷺ قال: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»؛ ولأنه إنما أقرضه بشرط، ولم يسلم الشرط فوجب ألَّا يسلم القرض. والثاني: أنه يصح؛ لأن القصد منه الإرفاق، فإذا زال الشرط بقي الإرفاق.



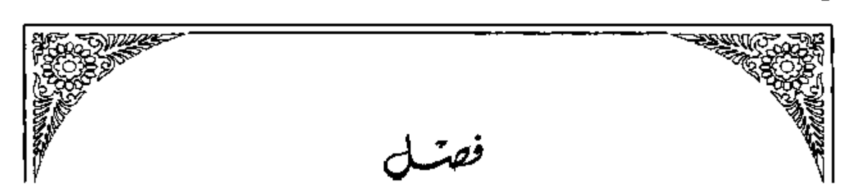
إطلاق المصنف أولًا يشمل جميع الشروط الفاسدة، ومن جملتها ما للمقرض فيه غرض كرد الزيادة؛ ولذلك صرح العمراني ؒ [١٤٦/ب] في «البيان»[١] به، وجعل في فساده بذلك الشرط وجهين، وآخر كلام المصنف يقتضي أن محل ذلك في الشروط الفاسدة، التي يقصد بها إرفاق المستقرض فلا يكون فيها غرض للمقرض، كشرط رد الناقص إذا قلنا بفساد الشرط.

وقد تقدم أن الأصح صحة العقد وفساد الشرط، وبذلك يلتئم كلامه على ما قدمنا في «شرحه»، والحديث المذكور مشهور في كتب الفقهاء، ولم يصحَّ رفعه عن النبي ﷺ؛ بل لا أعرف هذا اللفظ عن النبي ﷺ أصلًا، وإنما وردت ألفاظ أُخر عن أنس، وابن عمر لم يصح رفعها؛ بل هي موقوفة عليهما، وقد قدمت ذلك، ومعناها: النهي عن الشرط والهدية، وليست في معنى ما ذكر المصنف، حتى يستدل بها على فساد العقد.

❊ ❊ ❊

(١) البيان (٥/ ٤٦٥-٤٦٦).

قال:



فصل

[رد المثل]

ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل؛ لأن مقتضى القرض رد المثل، ولهذا يقال: الدنيا قروض ومكافأة، فوجب أن يرد المثل، وفي ما لا مثل له وجهان، أحدهما: يجب عليه القيمة؛ لأن ما ضمن بالمثلي إذا كان له مثل، ضمن بالقيمة، إذا لم يكن له مثل كالمتلفات.

والثاني: يجب عليه مثله في الخلقة والصورة؛ لحديث أبي رافع أن النبي ﷺ «أَمَرَهُ أَنْ يَقْضِيَ الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ»، ولأن ما ثبت في الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض، قياسًا على ماله مِثْل، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعد، فلم يقبل منه إلا القيمة؛ لأنها أخص، وهذا عقد أجيز للحاجة، فقبل منه مثل ما قبض، كما قبل في السلم مثل ما وصف.



الشرح

حديث أبي رافع تقدم قريبًا، ووجوب المثل فيما له مثل لا خلاف فيه، وقول المصنف: «لأن مقتضى القرض»؛ أي: في وضع اللسان، وقد تقدم أقوال أهل اللغة في تفسير القرض، وليس فيها ما يقتضي ذلك، إلا ما في كلام ابن كيسان، وأما ما لا مثل له، وهو مما يضبط بالصفة فالصحيح عند الأكثرين: رد المثل الصوري للحديث، واختار الشيخ أبو حامد إيجاب

القيمة، وقال المتولي في كتاب الشفعة: «إنه المذهب الصحيح» واختاره الروياني أيضًا، وقال: «إنه ظاهر المذهب»[(١)].

وإن قلنا: الواجب القيمة، فإن قلنا: الملك بالقبض فالاعتبار بقيمة يوم القبض بلا خلاف، وإن قلنا: الملك بالتصرف.

قال صاحب «التتمة»: فهو كالمأخوذ سومًا، **وفيه وجهان؛ أحدهما**: يوم القبض.

والثاني: أكبر أحواله من القبض إلى الملك، ومقتضى إلحاقه بالسوم أن يأتي فيه وجه ثالث باعتبار قيمة يوم التصرف، وهو مقتضى قول الإمام: «إن الأقوال الثلاثة تجري في كل ضامن غير متعد»[(٢)].

وقال ابن الرفعة: «إنه يظهر له أن [١٤٧/أ] الوجه القائل باعتبار قيمة يوم القبض، على قولنا: يملك بالتصرف مأخذه، أنه إذا تصرف يتبين ملكه من حين القبض»[(٣)] كما حكاه فيما تقدم.

قلت: وما حكاه صاحب «التتمة» من إلحاقه بالسوم تبين مأخذه غير ذلك، والذي حكاه فيما تقدم نقله عن «البسيط»، ولم أره فيه ولا في غيره.

ثم قال ابن الرفعة: «إن صاحب هذا الوجه إن طرده فيما إذا تلف في القرض في يده قبل التصرف المحصل للملك، انتفى أن يكون مأخذه ما ذكره»[(٤)]، يعني: لأنه لم يحصل الملك، وهذا غلط؛ لأن ما حكينا عن «البيان»[(٥)] وغيره، أن التلف كالإتلاف في تحصيل الملك، أما ما لا مثل له

(١) بحر المذهب (٥/ ٦٨).
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٣٨٤).
(٣) المصدر السابق.
(٤) المصدر السابق.
(٥) البيان (٥/٤٦٦).

ولا يضبط بالصفة؛ كالجواهر، والمعجونات، والحنطة المختلطة بالشعير باختلاطهما خرجا عن المثلية، فإن فصلا عادا إليها، «وإذا اختلفا في قدر القيمة، أو في صفة المثل فالقول قول المستقرض»[1]؛ قاله الرافعي.



(١) فتح العزيز (٩/ ٣٤٧).

قال:

وإن أقرض الخبز، وقلنا: يجوز إقراض ما لا يضبط بالوصف، ففي الذي يرده وجهان:

أحدهما: مثل الخبز.

والثاني: برد القيمة؛ فعلى هذا إذا أقرضه الخبز، وشرط أن يرد عليه الخبز، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن مبناه على الرفق، فلو منعناه من [رد][(١)] الخبز شق وضاق.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه إذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز.

الشَّرح

إقراض الخبز فيه وجهان، يظهر من كلام المصنف أنهما مبنيان على السلم فيه، ومن كلام صاحب «البيان»[(٢)]، ومال إليه الرافعي[(٣)] أنهما مرتبان عليه إن جوزناه جاز قرضه، وإلا فوجهان للحاجة، والمنع أصح عند صاحب «التهذيب»[(٤)]، وبه قال أبو حنيفة[(٥)].

ويظهر من كلام المصنف ترجيحه؛ لأنه أشعر بأن حكمه حكم غيره مما لا يضبط بالوصف، والجواز أصح عند بعضهم، وقطع به صاحب «الشامل» و«التتمة» و«المستظهري» و«المرشد»؛ لاجتماع الأعصار في الأمصار على

(١) في المخطوطة: «أداء»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) البيان (٥/ ٤٦٧).

(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٦٤).

(٤) التهذيب (٣/ ٥٤٦).

(٥) انظر: المبسوط (١٤/ ٥٥)، بدائع الصنائع (٧/ ٣٩٥)، المحيط البرهاني (٧/ ٢٧٠)، مجمع الأنهر (٣/ ١٢٧)، حاشية ابن عابدين (٥/ ١٦٢).

فعله بلا إنكار، وهو مذهب أبي قلابة، ومالك[١]، وأحمد[٢]، وأبي يوسف ومحمد[٣].

فعلى هذا فيما يرده وجهان، ومقتضى كلام جماعة أنهما الوجهان في غيره من المتقومات.

ويحتمل: أن يكونا مستقلين، ويكون بعض من أوجب المثل هناك يوجب القيمة هنا حذرًا من الربا.

وانظر إلى إطلاق المصنف، وتقديمه القيمة هناك والمثل هنا قد يلمح منه التغاير، وإن لم يكن بالقوي، وكأن قياس ما تقدم في قرض ما لا يضبط بالوصف أن يقطع هنا برد القيمة، لكن بنوا الأمر هنا على المسامحة للعرف فكما اعتمد العرف في جواز قرضه فليعتبر رد مثله، وإذا قلنا بالمثل فالمعتبر مثله وزنًا، هكذا قال الرافعي[٤]، وغيره، [١٤٧/ب] وذكر الخوارزمي في «الكافي» أنه يجوز إقراض الخبز وزنًا وعددًا، وهو غريب، وفي «التتمة» وغيرها نقله عن محمد بن الحسن.

ويحتمل: أن يحمل كلام «الكافي» على أنه مراعى فيه الجمع بين الوزن والعدد، حتى إذا أقرض رغيفين زنتهما رطلان يرد كذلك، ولا يكتفى منه بالوزن فقط مع مخالفة العدد، فإن أراد ذلك فحسن، فإنه محافظة على المثل الصوري.

---

(١) انظر: المدونة (٣/ ١٨٠)، الذخيرة (٥/ ٢٨٩)، حاشية الخرشي (٥/ ٢٣١)، حاشية الدسوقي (٣/ ٢٢٥).

(٢) انظر: الفروع مع التصحيح (٦/ ٣٥٢)، المبدع (٤/ ٩٤)، الإنصاف (٥/ ١٠٠)، كشاف القناع (٣/ ٣١٦).

(٣) انظر مراجع الأحناف السابقة.

(٤) فتح العزيز (٩/ ٣٦٤).

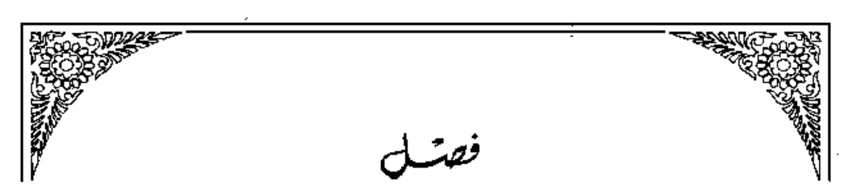
وينبغي حمل كلام الرافعي وغيره ممن أطلق الوزن عليه.

فإن أوجبنا القيمة فشرط المثل، فالوجهان مشهوران، ومقتضى كلام ابن أبي عصرون: أن الأصح رد المثل أيضًا، ويؤخذ من كلام المصنف إذا قلنا: لا يجوز اشتراط المثل؛ فالعقد فاسد، وليس المعنى: أنه يفسد الشرط، وتجب القيمة لجعله ذلك من باب الربا، قال أبو إسحاق العراقي: وعلى تعليل الوجه الأول لو شرط في سائر المتقومات على قولنا برد القيمة المثل؛ جاز.

قلت: وفيه نظر؛ لأن علة الرفق قد لا تكون موجودة.



قال:



فصل

[في رد الدرهم]

إذا أقرضه دراهم بمصر، ثم لقيه بمكة، فطالبه بها لزمه دفعها إليه، وإن طالبه [المقرَض أن][1] يأخذها وجب عليه أخذها؛ لأنه لا ضرر عليه في أخذها، فوجب أخذها.



لزوم الدفع نصَّ عليه الشافعي في «الأم» في باب الإقرار بالحكم الظاهر، وقال الإمام: «إنه ظاهر المذهب»[2]، وهذا منه إشارة إلى خلاف فيه، واستثنى الإمام[3] النقود التي تعسر نقلها، وتختلف قيمتها؛ فلا يطالبه بها في غير بلد الإقراض، ووجوب الأخذ إذا طالبه المقرض إن كان له غرض سوى البراءة لا خلاف فيه، وإن لم يكن له غرض سوى البراءة؛ فكذلك على أصح الطريقين، وقد ذكرنا ذلك في باب السلم، وحكم السلم والقرض، وغيرهما في ذلك واحد.

* * *

(١) في المطبوع من المهذب: «المستقرض بأن».
(٢) نهاية المطلب (٥/ ٤٥٤).
(٣) المصدر السابق (٥/ ٤٥٤-٤٥٥).

قال:

وإن أقرضه طعامًا بمصر، فلقيه بمكة فطالبه به؛ لم يجبر على دفعه إليه؛ لأن الطعام بمكة أغلى.



ذكر صاحب «البيان»[١] أن الشافعي نص على ذلك في الصرف بهذا اللفظ سواء بهذه العلة، وبأن في نقل الطعام من مصر إلى مكة ضررًا عليه، ويظهر أن كل واحدة منهما علة مستقلة، حتى لو كانت البلد قريبة لا مؤنة في حمله، لكنه فيها أغلى أو كانت القيمة سواء، ولكن لحمله مؤنة لا يلزمه.

لكن المنقول عن ابن الصباغ وغيره في كتاب الغصب أنه لو كانت القيمة في البلدين سواء أنه يلزمه، فلذلك اقتصر المصنف على التعليل بالغلاء، والرافعي[٢] على التعليل بالمؤنة، وما ذكره غيره أولى، وحكم القرض والسلم والغصب في ذلك سواء [٦/١٤٨] ⇑.

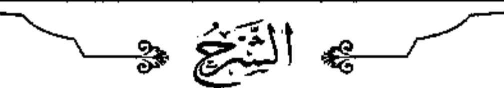


(١) البيان (٥/ ٤٦٧).

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٦٤).

قال:

وإن طالبه المستقرض بالأخذ، لم يجبر على أخذه؛ لأن عليه مؤنة في حمله، وإن تراضيا عليه جاز؛ لأن المنع لحقهما، وقد رضيا جميعًا.



هذا لا خلاف فيه، وقد تقدم ذلك في أداء المسلم فيه قبل المحل إذا كان على المستحق مؤنة، وله غرض في الامتناع.

فرع لو كان في بلد غير بلد القرض، ولكنها قريبة ليس في حمله مؤنة؛ فيظهر أن يجري في إجبار المستحق على القبول إطلاق المتقدم في المسلم فيه.



قال:

وإن طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها؛ لأنه بمكة كالمعدوم، وما له مثل إذا عدم وجبت قيمته، ويجب قيمته بمصر؛ لأنه [يستحقه][(١)] بمصر.



جواز مطالبته بالقيمة لا خلاف فيه، وهذا بخلاف المسلم فيه حيث لا يطالب بالقيمة على الصحيح، والفرق ظاهر من جهة الاستبدال، وبخلاف الغصب حيث جرى فيه خلاف في إلزامه بالمثل لتعديه وتنزيله منزلة المعدوم ظاهر؛ ولذلك يجوز للمسلم الفسخ حينئذٍ؛ لأنه لا تجب المطالبة، فهو معدوم شرعًا، وإيجاب القيمة فيما له مثل إذا عدم لا شك فيه في كل موضع، وكون القيمة الواجبة قيمته بمصر، أي: يوم المطالبة لا بمكة.

هكذا قاله الشيخ أبو حامد وغيره؛ لأنه إنما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة.

وقال ابن الرفعة: «إنه إذا نقل المال المقرض إلى بلد آخر، وقلنا: لا يملك إلَّا بالتصرف؛ فتجب قيمته في الموضع الذي ملك فيه»[(٢)].

وفي السلم إذا جوزنا المطالبة بالقيمة قال الرافعي: «يطالبه بقيمة بلد العقد كالقرض»[(٣)].

وقال النووي: «المعتبر في السلم قيمة الموضع الذي يستحق فيه

---

(١) في المخطوطة: «يستحق»، وما أثبتناه من المطبوع من المهذب.

(٢) كفاية النبيه (٩/ ٢٩٢-٢٩٣) بتصرف يسير.

(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٤٤) بتصرف يسير.

التسليم»[١]، وهو الصواب.

وكلام الرافعي محمول على ما إذا كان موضع العقد هو موضع التسليم.

ثم إذا أخذ القيمة واجتمعا في مكان القرض، فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل؟! وهل للمستقرض مطالبته بذلك؟! فيه وجهان، قال النووي: «أصحهما لا»[٢]، وهو ناظر إلى أن أخذ القيمة اعتياض؛ ولذلك امتنع دخوله في المسلم فيه إلَّا على وجه ضعيف جدًّا، وعلى القول الآخر تكون القيمة المأخوذة للحيلولة؛ كالقيمة المأخوذة عن العبد الآبق في الغصب، والوجه الآخر له نظير في مسألة إعواز المثل في المغصوب، وعدم المثلي اختلف كلام الغزالي[٣] في التصحيح فيهما.



(١) روضة الطالبين (٤/ ٣٦).
(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٦).
(٣) الوسيط في المذهب (٣/ ٤٥٣).

قال:

وإن أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضًا جاز؛ لأن ملكه عليه مستقر، فجاز أخذ العوض عنه، كالأعيان المستقرة، وحكمه في اعتبار القبض في المجلس حكم ما يأخذه [١٤٨/ب] بدلًا عن رأس مال السلم بعد الفسخ، وقد بيناه [والله أعلم][١].



احترز بقوله: مستقر، عن المسلم فيه، وأشار بذلك إلى أن صورة المسألة بعد التصرف في القرض التصرف المزيل للملك أو تلفه، أما قبله فلا، وقد صرح بذلك ابن الصباغ؛ فقال في باب بيع الطعام: إنه إذا كان المقبوض في يده لا يجوز أن يأخذ عوضه؛ لأنه قد زال ملكه عن العين، ولم يستقر في ذمته، وإن قلنا: لا يملك إلا بالتصرف.

قال بعض أصحابنا: لا يجوز؛ لأنه وإن كان ملكه باقيًا، إلا أنه قد ضعف بتسليط المستقرض عليه.

وقول المصنف: بدل القرض، احتراز عن أخذ البدل عن عين القرض، والحكم فيه.

إن قلنا: لا يملك إلا بالتصرف قد تقدم عن ابن الصباغ.

وإن قلنا: يملك بالقبض، وللمقرض الرجوع في عينه فبيعه من أجنبي؛ كبيع الوالد ما وهبه لولده، وبيعه من المستقرض فيه نظر، والأقرب عدم صحته، ولا ضرورة تدعو إلى تقدير الرجوع، وتصحيح البيع.

والذي تقدم بيانه في رأس مال السلم أنه إن أخذ عنه عينًا؛ صح بلا

---

(١) من المطبوع من المهذب، وليست في المخطوطة.

خلاف، ثم إن كانت مشاركة له في علة الربا؛ اشترط القبض في المجلس، أو غير مشاركة في علة الربا فوجهان؛ الأصح عند المصنف، وأبي حامد، وأتباعه: الاشتراط، وعند الرافعي[١] وغيره: عدمه.

وإن أخذ دينًا على جهة السلم امتنع، أو على جهة الاستبدال وقبض في المجلس صحَّ، وإن عيَّن ولم يقبض صحَّ عند الرافعي، وإن لم يُعَيِّن لم يصحَّ، هذا إذا كان الأخذ من المستقرض، أما إذا أراد أن يأخذ من غيره فحكمه حكم بيع الدين مِنْ غير مَنْ عليه، والأصح عند المصنف: الصحة، ولعله أطلق للأخذ هنا لذلك، وللأصح عند غيره المنع، وحكم كل دين حال من بدل متلف وأرش جناية حكم بدل القرض في ذلك.

فرع قال لغيره: اقترض لي مائة ولك علي عشرة، كرهه أحمد[٢] وإسحاق، وعندنا لا بأس به، ويجري مجرى الجعالة، فلو أن المأمور أقرضه مائة من ماله لم يستحق العشرة؛ قاله الماوردي[٣].

فرع قال لغيره: أقرض زيدًا مائة، وأنا لها ضامن يجوز؛ فإذا أقرض زيدًا لزمه الضمان؛ فإن أقرضه بعض المائة لزمه ضمان ما أقرضه فقط، ولو أقرضه أكثر لم يلزمه ضمان الزائد، ولو أقرضه بدل المائة عشرة دنانير لم يلزمه ضمانها؛ قاله الماوردي[٤]، وهذا إنما يأتي على وجه ضعيف، والأصح عندنا خلافه، وإن ما لم يجب لا يصح ضمانه والرهن به لاسيما ما لم يجز سبب وجوبه.

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٢٥).

(٢)انظر: الإنصاف (٥/ ١٠٣)، «كشاف القناع (٣/ ٣١٩).

(٣) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٨).

(٤) المصدر السابق.

[١٤٩/ت]
• اقترض مائة فضمنها ضامن بأمره، ثم دفع الضامن إلى ⇑ إلى المقرض بدلها ثوبًا جاز، وبرئ الضامن والمقترض، ورجع الضامن على المقترض بأقل الأمرين من المائة، وقيمة الثوب؛ قاله الماوردي(١).

• أقرضه رطبًا لم يجز أن يرد بدله تمرًا؛ قاله في «الحاوي»(٢) و«البحر»(٣) عنه، ويشبه أن يكون على الخلاف في أداء التمر عن الرطب في السلم.

• له عليه ألف مكسرة فلا بأس أن يعطيه ثمانمائة صحاحًا ويبرئه عن الباقي؛ قاله الروياني(٤)، فلو أتاه بالكل صحاحًا أجبر على القبول؛ قاله المتولي.

• نصف دينار قراضه فأعطاه دينارًا صحيحًا، وقال: نصف عني ونصف وديعة أو هبة، وتراضيا جاز، فإن امتنع المقرض كان له؛ لأن فيه نقصًا بالشركة في الوديعة، ومنه في الهبة فإن تراضيا ثم اختلفا في كسره لم يجبر الممتنع؛ لأن ذلك قسمة إضرار.

ولو اتفقا على كسره لم يكن لأحدهما أخذ نصفه إلا برضى صاحبه، فإن تشاحا أقرع بينهما، وإن اتفقا على أن يكون نصفه قضاء ونصفه قرضًا أو ثمنًا أوسلمًا في شيء في ذمته جاز، ذكره الأصحاب.

---

(١) الحاوي الكبير (٥/ ٣٥٨).
(٢) المصدر السابق.
(٣) بحر المذهب للروياني (٥/ ٦٩).
(٤) المصدر نفسه.

• كل موضع حكمنا بفساد القرض فإذا سلم المال إليه لا يملك ولا يجوز له التصرف فيه، وعليه رده، وهو مضمون في يده، فإن تلف ضمن بدله؛ قاله في «التتمة».

• باع أو اشترى بشرط القرض؛ فالبيع فاسد، فأما القرض، فإن كانا[1] يعلمان فساد الشرط، وأنه لا يجب الوفاء به؛ كان ابتداء إقراض، وهو صحيح، وإن كانا يعتقدان أو أحدهما أن الشرط صحيح، وأن ذلك وفاء بالشرط؛ فالقرض فاسد؛ قاله في «التتمة».

• قال: أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان فأخذها منه، لا يكون قرضًا، بل هذا توكيل بقبض الدين، فبعد القبض لابد من قرض جديد، ولو كانت العشرة في يد فلان بعينها ودفعه أو غيرها صح؛ قاله القاضي حسين في «الفتاوى»، والنووي في «الروضة»[2] عنه.

• تبايعا درهمًا بدرهم في الذمة ثم أقبض أحدهما الدرهم، فللآخر أن يدفعه عمًّا عليه؛ قاله الإمام[3] في هذا الباب، وقاس عليه رد المقترض لما اقترضه بعد قبضه، وقد قدمنا في باب الربا ما يقتضي جريان خلاف في ذلك؛ لأجل بقاء الخيار ورَدَّ المقترض لا خلاف فيه.

• حكى ابن الصباغ وجهًا أنه لا تجوز الحوالة بعوض القرض، إلا أن يكون العوضان من ثمن وضعفه، قاله في «الزوائد»، وقد تقدمت

---

(١) وردت في المخطوطة: «كان»، ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٢) روضة الطالبين (٤/ ٣٧).

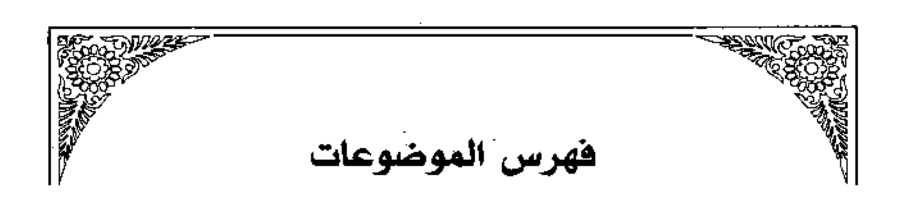
(٣) نهاية المطلب (٧/ ٤٤٩).

حكايته في باب السلم، وأن الأصح الجواز.

يتلوه في الجزء التاسع كتاب الرهن[١]

***

(١) كتب في الهامش: مثال خط المصنف، فرغت من تصنيفه يوم السبت ثاني عشر شعبان سنة أربع وعشرين وسبعمائة والحمد لله أولًا وآخرًا، وباطنًا وظاهرًا، وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين. أسأل الله أن ينفع به، وهو حسبي ونعم الوكيل.



فهرس الموضوعات

باب السلم

باب القرض

